Ist zum Eigenbesitz der sog. animus domini erforderlich?

Bearbeitet unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Günther Friebe
Referendar in Obornik i. P.

Breslau
Buchdruckerei H. Fleischmann
1905.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Beyerle.

Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Dahn, Dekan.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548202_0120

Einleitung.

Die Streitfragen, die sich im gemeinen Rechte an die Frage des Besitzwillens geknüpft haben, sind jetzt noch nicht verstummt. Trotzdem das Bürgerliche Gesetzbuch der Besitzlehre grundsätzlich und absichtlich[1]) eine vom gemeinen Recht abweichende Gestaltung gegeben hat, kehren einzelne Theorieen des alten Rechtes — wenn auch in anderer Form — für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches wieder. Öfters und eingehend ist schon die Bedeutung des § 854 BGB und des Begriffs „tatsächliche Gewalt[2])" besprochen worden. Dagegen ist der vom BGB neu eingeführte Eigenbesitz erst in neuester Zeit einer eingehenden Erörterung unterzogen worden[3]). Der Grund hierfür liegt anscheinend darin, dass bisher nur einzelne gegen die herrschende Meinung aufgetreten waren. Die Bedeutung der vorliegenden Streitfrage für das heutige Recht ist jedoch nicht gering, sie ist eine Prinzipienfrage. Unumgänglich notwendig ist es bei einer Behandlung des Eigenbesitzes im heutigen BGB, auf die geschichtliche Entwickelung dieses Instituts zurückzugehen. Trotzdem der

---

[1]) Vgl. § 854 BGB.

[2]) Vgl. Frank, Besitzwille. Diss. Bonn 1898. Affolter, Willensmoment beim Besitzerwerb. Arch. für Bürg. Recht. XVII. Burghoff, Besitzwille. Greifswald, Diss. 1900. Thoma, Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des BGB. Freib. Diss. 1900.

[3]) Vgl. Auerbach, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes. In Rost. Stud. III 3. 1905. Manigk, Voraussetzungen des Eigenbesitzes A. f. b. R. 5, 3 1905.

Eigenbesitz des BGB in seiner Gestaltung neu ist, lässt er sich auf Institute des alten Rechts zurückführen. Bei Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung sollen 2 Leitsätze die Richtung angeben, die wir zu verfolgen haben. Sie lauten in Fragestellung: 1) Wo und in welcher Form wird der animus domini oder ein ähnliches Moment für den Besitz für erforderlich erachtet? 2) Wo und in welcher Form kommt ein qualifizierter Besitz vor?

Nach Würdigung der geschichtlichen Entwicklung soll dann vollständig unabhängig, allein aus dem Geist des Rechts und dem Wesen des BGB, die Streitfrage entschieden werden.

1. Hauptteil. Geschichtliche Entwicklung.

1. Abschnitt. Römisches Recht.

I. Der animus possidendi im corpus iuris.

§ 1.

Es gilt zunächst, das Problem des Besitzwillens im reinen römischen Recht zu erfassen [1]). Hier stellen wir nach den Quellenzeugnissen nur die Tatsachen fest; bezeichnend ist, dass die römischen Juristen viel weniger die Besitztheorieen ausgebildet haben, als die Romanisten in Deutschland. Wir finden daher in den Quellen wenig Kontroversen über das Prinzip, vielmehr finden wir Tatsachen als feststehend und unerschütterlich vor, mit denen sich die Juristen abgefunden haben. Die praktische Verwertbarkeit dieser Tatsachen allein führt zu Kontroversen, wie ja grösstenteils das praktische Interesse die römischen Juristen bei Aufstellung der Rechtsgrundsätze sicherlich mehr geleitet hat, als Begriffe und Theorieen.

§ 2.

Fürs römische, sowie fürs heutige Recht ist der Besitz, namentlich in 2 Richtungen im Rechtssystem von Bedeutung: In erster Linie gewährt er Schutz gegen Eigenmacht, in zweiter Linie ist er Mittel zum Erwerbe des Eigentums [2]). Die Lehre vom animus domini hat sich unter dem Einfluss

[1]) T. D. 41, 2 de acquirenda vel amittenda possessione. t. C. 7, 32 de acquirenda et retinenda possessione. Vgl. f. d. f. bes. Dernburg, Pand. 1884, Baron Pand. 1887, Windscheid Pand. 1887.

[2]) Wichtig, aber von untergeordneter Bedeutung, ist er auch f. d. Passivlegitimation bei d. rei vindicatio.

Savignys[1]) im gemeinen Recht namentlich an dem Besitz in seiner ersten Bedeutung entwickelt, während sie für das heutige Recht eine Rolle nur für den Besitz in seiner zweiten Bedeutung spielt[2]). Im corp. iur. findet sich zunächst die auffallend scharfe Unterscheidung zwischen possessio und in possessione esse, für die das gemeine Recht die Ausdrücke juristischer Besitz und Detention erfand[3]). Diese scharfe Unterscheidung gehört nach Dernburg[4]) erst der Kaiserzeit an: „Quintus Mucius Scaevola kannte sie entweder noch nicht, oder erachtete sie wenigstens nicht als massgebend. Dem Juristen Pegasus war die Unterscheidung dagegen schon völlig geläufig[5]). Bei Pomponius und Ulpian erscheint sie als fundamental[6])". Ihering[7]) dagegen behauptet, der Detentionsbegriff sei schon von altersher von einschneidender Bedeutung gewesen, und hält das römische Haus für den Ausgangspunkt der Unterscheidung. Wie dem auch sein möge, jedenfalls findet sich in den Quellen der fundamentale Unterschied als fertiges Institut vor. Diese Unterscheidung ist für die Lehre vom animus domini von grösster Wichtigkeit. Der Unterschied zeigt sich namentlich bei den Besitzinterdikten; nur wer possessio hatte, hatte Interdiktenschutz[8]), und nur wer Interdiktenschutz genoss, war possessor. Deshalb wird auch öfter, und nicht mit Unrecht, die possessio als Interdiktenbesitz bezeichnet[9]).

---

[1]) Savigny, Recht des Besitzes 1865.

[2]) Vgl. Wolff, der Begriff des Besitzes nach dem Bürgerl. Gesetzbuch. Erlangen. Diss. 1898. S. 8. 9.

[3]) l. 18 pr. de poss.: nec idem est possidere et alieno nomine possidere. nam possidet cuius nomine possidetur. procurator alienae possessioni praestat ministerium. Vgl. bes. Savigny a. a. O. S. 108, 139.

[4]) Dernburg, Pand. I S. 392.

[5]) L. 9. D. de rei vind. 6, 1.

[6]) l. 10 § 1 D. h. t. 41, 2.

[7]) Ihering, Besitzwille, 1889 S. 103.

[8]) Für die interdicta recuperandae possessionis allerdings bestritten. Vgl. z. B. Duncker, Besitzkl. u. Besitz 1884 S. 50 ff.

[9]) vergl. Dernburg a. a. O. S. 396. 397. Wie dieser Interdiktenschutz und damit der juristische Besitz sich entwickelt hat, ist sehr

Während nun die gemeinrechtliche Theorie ihre Aufgabe darin sah, den prinzipiellen Unterschied von juristischem Besitz und Detention festzustellen, und so die Lehre vom animus domini entwickelte, finden wir bei den römischen Juristen nur Andeutungen eines solchen prinzipiellen Unterschiedes. Bezeichnend ist, dass den römischen Juristen der Ausdruck animus domini, der die gemeinrechtliche Besitzlehre 1 Jahrhundert hindurch im Bann gehalten hat, und dessen Nachwirkungen jetzt noch im BGB zu verspüren sind, vollständig unbekannt war.

Suchen wir in den Quellen nach Zeugnissen, wie der Animus des juristischen Besitzers sich von dem der Detention unterschied, so finden wir die verschiedensten, mannigfaltigsten Erklärungen, nur einen Ausdruck nicht, den Animus domini. Vielmehr erklären die römischen Juristen den Animus als Animus possidendi, possidentis, possessionis, als affectus possidendi, tenendi, animi, als sensus (consensus) accipiendi possessionem, propositum possidendi[1]). Von besonderer Bedeutung für die gemeinrechtliche Lehre sind die L. 1. § 20. D. de poss. und L. 37. de pign. act. 13,7 geworden, weil gerade hier als Grund für den Unterschied der verschieden gestaltete Animus angegeben wird. Diese Stellen rühren von Paulus her und lauten: 1) Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur, cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam dumtaxat suam accomodarent, nobis non possunt adquirere, alioquin si dicamus per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res

bestritten. Zwei Ansichten stehen sich namentlich gegenüber. Nach der einen geschah die Einführung der Besitzinterdikte zur Feststellung des Besitzers beim Eigentumsstreit (Bekker, Recht des Besitzes 1880 S 99 ff.). Nach der andern schuf der Prätor die Besitzinterdikte zunächst zu gunsten von Personen, die nur Besitz, nicht Eigentum hatten, insbesondere der Possessoren von Gemeinland. vergl. Dernburg Entwickelung und Begriff des juristischen Besitzes 1883.

[1]) L. 1. § 20, l. 3 § 1 & 12, l. 8, l. 18 § 3 D. de poss. L. 41. D. de reb. cred., l. 1. § 3, l. 3 § 3. D., l. 3 C. de poss. L. 32. § 2 D. eodem, L. 18. § 3 D. eodem. u. a.

tradita sit, quia non habet animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione. 2) Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia, antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscsendi. Angeführt wird ferner L. 3 § 7 D. ubi poss. 43,17 deswegen, weil vom dominus, wenn auch nicht vom animus domini beim Interdictum uti possidetis geredet wird. Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse Labeo ait, non eum, qui in cenaculo moretur, semper enim superficiem solo cedere[1]). Von dem τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν des Theophilus[2]), der in der gemeinrechtlichen Theorie eine so grosse Rolle spielt, findet sich in den Quellen noch nichts. Den Ausdruck animo domini tenere lesen wir erst in der lateinischen Übersetzung (fabrot ed. Paris 1638). In der Deutschen (Wüstemann II 259) heisst es: „mit der Absicht Eigentümer zu werden". Nach Paulus sind also diejenigen, die Interdiktenschutz geniessen, gerade deswegen possessores, weil sie den Animus possidentis haben, der den Nichtgeschützten mangelt. Unerklärlich ist es aber und von Paulus auch unbeantwortet geblieben, dass gerade bestimmte Personen den Animus possidentis haben sollen, andere aber nicht. So sind als Possessores anerkannt[3]): Zunächst diejenigen, die den Römern jedenfalls das corpus und den Animus zu vereinigen schienen: Der Eigentümer, der sogenannte bonae fidei possessor und der malae fidei

---

[1]) vergl. auch L. 22, § 1. D. de nox. act. 9,4. und c 2, C. h. t. 7,32 vergl. Rudorff zu Savigny S. 603.

[2]) § 4. I per quas personas adquir. et in § 2, I quibus mod. toll. oblig. Teoph. II, § 4, III 29, § 2, Basil. 50, 27 Harmen. 2, 1. § 4.

[3]) Da diese Fragen alle sehr bestritten sind, beschränken wir uns auf die Quellenstellen und tragen im übrigen die herrschende Meinung vor, da die Erklärung dieser Fälle nicht eigentlich in das Gebiet unserer Arbeit fällt. Vergl. besonders Baron S. 200 ff., Dernburg S. 394 ff, Windscheid S. 504 ff.

possessor[1]); ferner geniesst Interdiktenschutz der Faustpfandgläubiger; dem Verpfänder wird jedoch die Zeit zum Zwecke der Ersitzung (ad usucapionem) mit eingerechnet[2]). Mehrere Quellen deuten auch an, dass der hypothekarische Gläubiger, falls das Pfand in seine Hände gelangt ist, als Besitzer anzusehen ist[3]). Der Prekarist ist Detentor oder Besitzer, je nachdem seine Bitte nur auf Detention oder Besitz gerichtet war („si precatus est, ut in possessione esset — ut possideret"), aber auch hier bleibt dem Verleiher der Besitz zum Zwecke der Ersitzung[4]). Der Sequester hat Besitz, je nachdem bestimmt war, ob die Zeit, in der er die streitige Sache in Händen hat, der siegenden Partei behufs Ersitzung angerechnet werden soll, oder nicht. Im 2. Fall ist er voller Besitzer; eine Teilung des Besitzes findet nicht statt[5]). Der Emphyteuta geniesst Besitzschutz, während die Zeit dem Herrn als Ersitzungszeit angerechnet wird[6]). Einige billigen ihm blos Rechtsbesitz zu. Betreffs des Superficiars ist die Frage bestritten. Während einige ihm Besitz zuschreiben, behaupten andere, dass er juris quasi possessio habe. Jedenfalls steht ihm das Interdiktum de precario zu, dem Grundeigentümer dagegen das Interdiktum uti possidetis[7]). Auch der Besitz des Usufructuar wird verteidigt und durch Quellenmaterial belegt[8]).

---

[1]) l. 7, §§ 3, 4, D. com. div. L 2, D. uti poss. 43, 17 l. 3 § 5, l. 11 D. h. t. 41, 2, l. 13 § 1 D. de Publ. a. 6, 2, l. 22 § 1 D de nox. act. 19, 4.

[2]) l. 1, § 15, l. 36 D. h. t. 41, 2, l. 16 D. de usurp. 41, 3 vgl. l. 15 § 2, D. qui sat 2, 8, l. 35 § 1, l. 37 D. de pign. act. 13, 7, l. 40 pr. D. h. t. 41, 2.

[3]) l. 10 D. de pign. 20, 1, L 66 pr. D. de ev. 21, 2, l. 3. C de pign. 8, 13, § 3, I. de interd. 4, 15.

[4]) l 10, § 1, D. h. t. 41, 2, l. 2, § 3, l. 4, § 1, l. 6, § 2, D. de prec. 43, 26, l. 3, § 5, D. h. t. 41, 2, l. 15, § 4, D. de prec. 43, 26.

[5]) l. 39 D. h. t. 41, 2, l. 17, § 1, D. de poss. 16, 3.

[6]) Die Frage der Vereinbarung ist bestritten, vgl. Dernburg, S. 395, 5, l. 15, § 1, D. qui sat. cog. 2, 8.

[7]) l. 3, § 7, D. uti poss, 43, 17, l. 1, § 5, D. 43, 16, l. 2, pr. § 3 D. de prec. 43, 26, l. 1, pr § 2, D. h. t. 43, 18, vgl. Baron S. 302.

[8]) l. 52, pr. de adqu. poss. l. 6, § 2, de prec. Fragm. Vat. § 90, vgl. Bekker, S. 172.

§ 3.

Eine grosse Rolle spielt der Animus beim Erwerb und Verlust des Besitzes. Zum Erwerb des Besitzes ist nämlich ausser dem Corpus der Animus erforderlich: adipiscimur possessionem corpore et animo l. 3. § 1. l. 8. D. h. t. 41, 2. Nach dem Erwerb bestimmt sich auch der Verlust, d. h. der Besitz kann sowohl animo als corpore verloren gehen, wie der bekannte Ausspruch des Paulus besagt: quemadmodum nulla possessio acquri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Er geht animo verloren, wenn der Besitzer die Sache nicht mehr besitzen will[1], nicht aber, wenn er wahnsinnig wird[2]. Er geht animo et corpore verloren, wenn er die Sache einem anderen übergibt, oder wenn er stirbt[3]).

Das Erfordernis des Besitzwillens verlangt Willensfähigkeit. Jeder, der willensfähig ist, sollte folgerichtig auch des Besitzes fähig sein. Trotzdem sind des Besitzes unfähig: Sklaven und Hauskinder nach altem Zivilrecht, (im justinianischen Recht das Hauskind nur bezüglich des peculium profecticium[4]). Dagegen sind des Besitzes fähig: Kinder, Geisteskranke und juristische Personen[5]). Sie können von ihren Vormündern und Vorständen vertreten werden. Die Kinder sollen den Besitz tutore auctore an geschenkten Sachen sogar allein ohne Mitwirkung ihres Vormundes erwerben können[6]. Von besonderer Bedeutung ist der Besitzerwerb durch constitutum possessorium und

[1]) l. 3 § 6, l. 17 § 1 l. 30 § 4 D. h. t. 41, 2, vgl. l. 27 l. 29 D. h. t. 41, 2.

[2]) l. 4 § 3, l. 44 § 6 D. de usurp. 41, 3.

[3]) l. 3. § 9 D. h. t. 41, 2. l. 23 pr. l. 30 § 5 D. h. t. 41, 2. Die Fragen sind äusserst bestritten, wir verweisen auf Windscheid S. 498 ff. und die dort angegebene Literatur. Der Text folgt Baron S. 207 ff.

[4]) l. 49 § 1 D. h. t. 41, 2. Gaius II 89. § 1 J. per quas pers. 29, l. 4 § 1 D. de usurp. 41, 3 u. a.

[5]) l. 1 §§ 20, 22 l. 2 D. h. t. 41, 2.

[6]) l. 32 § 2 D. h. t. 41, 2 l. 3 C. h. t. 7, 32.

brevi manu traditio[1]). Die Stellvertretung beim Besitzerwerb ist eine der bestrittensten und schwierigsten Fragen des römischen Besitzrechts. Jedenfalls muss der Wille zum Besitzerwerb beim Vertretenen vorhanden sein[2]). Der Besitz ist nach römischem Recht unvererblich[3]). Die Bezeichnungen für den Besitz als civilis und naturalis possessio schwanken. Eine weit verbreitete[4]) Meinung versteht unter civilis possessio den Ersitzungsbesitz, unter naturalis possessio bald den Besitz, welcher nicht Ersitzungsbesitz ist, bald die blosse Detention[5]).

II. Bedeutung des juristischen Besitzes für Ersitzung, Aneignung, Fruchterwerb.

§ 4.

Der juristische Besitz stellt sich dar als die höchste Qualifikation des Besitzes an sich; der durch Interdikte geschützte Besitz ist wahrer Besitz. Von diesem Begriff geht das römische Recht anscheinend aus[6]). Trotzdem gestaltet sich der Besitz als Mittel zum Eigentumserwerb wesentlich anders.

Im altrömischen Civilrecht geschah die Ersitzung durch die usucapio, d. h., sie setzte einen eine bestimmte Zeit hindurch fortdauernden Usus, Gebrauch, voraus[7]). Auch possessio hängt mit sedere, „darauf sitzen", zusammen und ist augenscheinlich zuerst für Grundstücke gedacht[8]). Schon die 12 Tafeln regelten die usucapio: usus auctoritas fundi biennium est . . . . ceterarum rerum omnium annuus est

[1]) l. 18 pr. D. h. t. 41, 2 l. 77 D. de r. v. 61, l. 3 § 3 D. h. t. 41, 2 u. a.

[2]) l. 3 § 12 D. h. t. 41, 2. Paul. sent. rec. V. 2, § 1.

[3]) l. 23 pr. D. 41, 2.

[4]) Vgl. Baron S. 208.

[5]) Savigny S. 69 ff.

[6]) In den Institutionen wird der Begriff des Besitzes bei den possessorischen Interdikten behandelt, bei der Usucapion wird er einstweilen als bekannt vorausgesetzt. Vgl. i. übr. Savigny, S. 38.

[7]) Vgl. Dernburg, Entwicklung u. s. w. S. 58. Vgl. die sehr ähnliche Erscheinung im germanischen Recht. s. u. § 11.

[8]) vgl. Kniep, der Besitz des BGB 1900, S. 287.

usus[1]). Die possessio ist wesentliches Erfordernis für die usucapio, wie für die später eingeführte longi temporis praescriptio, wie sich aus dem bekannten Denkvers ergibt: „Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus. Es zeigt sich aber hier die possessio wesentlich anders, als beim Interdiktenbesitz. Ersitzen können, wie oben gezeigt, der Pfandgläubiger, Prekarist, Emphyteuta, Superficiar, Usufructuar nicht, während der Pfandschuldner u. s. w., der nicht Interdikten-Besitzer ist, ad usucapionem besitzt. Ausserdem ist die possessio eingeschränkt insofern, als res furtivae und res vi possessae (l. Atinia und Plautia) nicht ersessen werden können. Dadurch scheidet also auch der malae fidei possessor aus, sowie der bonae fidei possessor, der eine res furtiva oder res vi possessa besitzt. Auch die bona fides und der titulus bewirken Beschränkungen. So stellt sich dieser Besitz als besonderer Ersitzungsbesitz dar[2]). Die Aneignung wird im römischen Recht occupatio genannt[3]), hier ist natürlich ein Unterschied zwischen juristischem Besitz und Detention nicht merklich.

Bezeichnend ist auch hier, dass während die römischen Juristen nur von Occupare reden, sich im gemeinen Recht die Streitfrage über den Willen erhoben hat[4]).

Beim Fruchterwerb ist zu unterscheiden: Der Eigentümer, redliche Besitzer und Emphyteuta erwerben die Früchte mit der Trennung, der Niesbraucher und Pächter erst mit der Besitzergreifung[5]). Also auch hier findet sich wieder eine Einteilung der Besitztatbestände nach einem anderen Prinzip.

[1]) Cicero pro Caecina cap. 19.

[2]) vgl. Näheres bei Unterholzner, Verjährungslehre 1858. Schirmer, Grundidee der Usucapion 1855.

[3]) l. 3, pr. D. d. a. r. d. 41, 1, § 12 I. d. rer div 21.

[4]) vgl. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte 1901 S. 152. Dernburg S. 464.

[5]) § 19, I. de rer. div. 2, 1. l. 2, l. 6, D. d. a. r. d. 41, 1, u. a.

§ 5.

Fassen wir nun unser Urteil über die Quellenzeugnisse zusammen, so erhalten wir folgendes Resultat: Einen Animus domini im Sinne der Savignyschen Lehre haben die römischen Juristen nicht gekannt. Es fragt sich nun, ob sie, wie Savigny[1]) behauptet, ihn überall als selbstverständlich vorausgesetzt haben. Diese Frage lässt sich nicht ohne weiteres mit ja oder nein beantworten. Der später so genannte abgeleitete Besitz, das ist der Besitz des Pfandgläubigers, Prekaristen, Sequesters, Superficiars, ist nur für die Interdikte von Bedeutung. Beim Besitz zur Vermittelung des Eigentumserwerbs kommt dieser Besitz nicht, sondern nur der sogenannte Eigentumsbesitz zur Geltung, teilweise allerdings auch in verschiedener Gestaltung. Würden wir ein Zeugnis dafür haben, dass die Römer von dem einen (Interdiktenbesitz), oder dem andern (Eigentumsbesitz) ausgegangen sind, würde die Beantwortung erleichtert werden. Darüber können wir jedoch, wie auch Bruns[2]) erklärt, nichts bestimmtes sagen. Auch die Anordnung des Stoffes im Corpus juris gibt keinen festen Anhalt[3]). Wenn

---

[1]) Savigny S. 110.

[2]) Bruns, Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart 1848 S. 25.

[3]) In den Institutionen steht er unter den possessorischen Interdikten, bei der Usucapion wird er einstweilen als bekannt vorausgesetzt. Lib. 4, Tit. 15. In den Pandekten wird im 41. Buch der Erwerb des Eigentums behandelt, im 1. Titel die natürlichen Erwerbsarten, im 3. und den folgenden die Usucapion; der Besitz kommt im 2. Titel vor; Interdikte folgen erst später. Savigny S. 39, nimmt an, dass der Besitz zwischen die Eigentumserwerbsarten als Übergang zur Usucapion gestellt sei, die ohne eine genaue Kenntnis des Besitzes nicht verstanden werden könne. Andere nehmen an, (Literatur bei Savigny S. 39), dass die ganze Lehre vom Eigentum nur gelegentlich dem Besitz beigefügt worden sei: Der Besitz stehe hier als Vorbereitung zu den Interdikten. Im Codex steht der Besitz zwischen der Usucapion und der Longi temporis praescriptio lib. 7, Tit. 26—38. Bei Paulus wird der Besitz nur als Bedingung der Usucapion vorgetragen. Recept. sent. lib. 5, tit. 2, de usucapione.

wir über die Entwickelung des juristischen Besitzes im Klaren wären, könnten wir vielleicht bedeutsame Schlüsse auf den Begriff selbst ziehen.

Doch diese Frage ist keineswegs aufgehellt, sondern äusserst bestritten. Sehr wahrscheinlich erscheint allerdings die Aufstellung Iherings[1]: „Der Besitz als das einfachere Verhältnis ist das ursprüngliche, zuerst dagewesene. Das Eigentum ist das spätere Institut, das erst auf den Besitz aufgebaut ist, ebenso wie begrifflich der Besitz dem Eigentum vorangeht. Es wäre also ein historisches und logisches ὕστερον-πρότερον, wollte man den Besitzbegriff durch das Eigentum erklären[2]". Aber noch ein zweiter historischer Grund scheint, abgesehen von allen praktischen und logischen Gründen, gegen die Annahme zu sprechen, dass die Römer ihre Besitzlehre auf dem Eigentumsbesitz, dem Besitz mit dem animus domini aufgebaut haben; denn trotz aller Andeutungen, die man aus dem Corp. iuris herausiesen kann, hat doch nur ein Jurist den Unterschied von juristischem Besitz und Detention in dem verschieden gestalteten animus gefunden. Falls wir annehmen, dass Paulus sich unter dem animus possidentis den animus domini vorgestellt hat, so beweist das nur, dass gerade dieser Jurist die Meinung hatte, nicht aber, dass dies die herrschende, überall aufgenommene Ansicht war. Paulus ist, im Gegensatz zu den anderen römischen Juristen, wie Ihering[3]) nachweist, immer ein Begriffskünstler gewesen. Hat er auch hier einen Konstruktionsversuch gemacht, so ist dieser, wenn andere Juristen die Konstruktion verschmähen, nicht als Richtschnur zu nehmen, und, soweit praktische und logische Gründe dagegen sprechen, als misslungen zu bezeichnen.

[1]) Ihering, Besitzwille, S. 324/326. Vgl. Dernburg, Entwickelung u. s. w. sowie oben S. 6 Anm. 1.

[2]) Vgl. die weiteren Folgerungen bei Ihering S. 328.

[3]) Ihering a. a. O. S. 269 ff.

2. Abschnitt. Die Fortentwicklung der Lehre vom römischen Besitzwillen.

I. Das Byzantinische Recht.

§ 6.

Bei den Byzantinern zeigt sich ein entschiedener Verfall in der klaren juristischen Auffassung[1]). Der Besitzbegriff wird nicht klar erkannt und zergliedert, der Unterschied zwischen Besitz und Eigentum wird flüssig. Bezeichnend ist, dass neben νομὴ ohne Bedenken von ὁ δεσπότης und ἴδιον πράγμα die Rede ist[2]). Hierher fällt auch der bedeutsame Ausspruch des Theophilus, der im gemeinen Recht so oft zitiert und als Beweismittel für den animus domini herangezogen worden ist. Theophilus bezeichnet den Besitzwillen[3]) als κατοχὴ πυχῇ δεσπόζοντος. Wie wenig Bedeutung dieser Bemerkung beizulegen ist, erhellt nicht nur aus dem allgemein anerkannten Verfall des Rechtsstudiums in dieser Zeit, sondern aus der schon erwähnten begrifflichen Vermischung von Eigentum und Besitz. Ausserdem heisst φυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν richtig übersetzt nicht animus domini, sondern animo dominantis tenere, d. h. also nicht Wille „des Eigentümers", sondern des „Herrschenden"[4]).

Spuren der römischen Besitzlehre finden wir in den sogen. leges romanorum[5]). Aber sie bringen keinen Fortschritt in der uns interessierenden Frage. Selbst im Westgotischen Breviarium[6]), das die Besitzlehre eingehender behandelt, finden wir über den Besitz an sich nichts. Ein eingehendes Verständnis für die Unterlagen und das Wesen des Besitzes ist, wie Bruns[7]) hervorhebt, nicht vorhanden.

---

[1]) Vgl. bes. Bruns, S. 93 ff.

[2]) Bruns S. 97.

[3]) Theoph. II 9 § 4, III 29 § 2. Basil. 50,2. c. 61. Harmenop. II I § 4.

[4]) Ähnlich die heutigen Theorieen unten S. 91 Anm. 1.

[5]) Vgl. Bruns S. 98 ff.

[6]) l. Visigothorum VIII 1.

[7]) Bruns S. 98.

Nur die Kirche bildet in dieser Zeit mit Verständnis die Besitzlehre aus[1]). Wie spärlich die Einsicht für die Besitzbegriffe auch hier noch war, zeigt die recht dürftige Definition, die sich im Brachylogus findet[2]): possessio est corporalis rei detentio.

II. Die Zeit der Glossatoren.

§ 7.

Von besonderer Wichtigkeit für die Entwickelung der Lehre vom animus sind die Glossatoren gewesen, die die Besitzlehre mit gewisser Vorliebe behandelt haben[3]). Wenn die Begriffe ihnen nicht so klar vor Augen standen, wie den klassischen Juristen, so suchten sie doch die Ideen von Corpus und animus, die ihnen vorschwebten, begrifflich zu gestalten. So lautet beispielsweise die Definition des Besitzes von Azo[4]): possessio est corporalis rei detentio, corporis et animi item iuris adminiculo concurrente. Eifrig behandeln die Glossatoren die Frage des animus possidendi in bezug auf den Unterschied von juristischem Besitz und Detention. Jedoch herrscht keine Übereinstimmung. Rogerius geht auf die Frage gar nicht ein. Bei Placentinus, Bassianus und Azo findet sich die Kontroverse in verschiedenster Weise beantwortet. Eine Annäherung an den animus domini lässt sich schon hier konstatieren: Placentinus stellt den Satz auf: nec enim possidet, qui pro suo non possidet. Azo dagegen unterscheidet zwischen pro alieno und nomine alieno possidere. Azos Ansicht hat auch Bassianus; sie ist in die accursische Glosse aufgenommen[5]).

[1]) Römische Besitzlehre z. B. in coll. Anselmo dedicata 7, 35, in den Kapitularien von Benedictus Levita VI (al. II) c. 161, 353 und in Joos Decret. XVI, 301, in Petri exceptiones III, 2 u. 11. Näh. bei Bruns S. 101 f.

[2]) II 8 § 2.

[3]) Vgl. für das folgende Bruns S. 103 ff.

[4]) Bruns a. a. O.

[5]) Bruns S. 105 liest aus der Definition des Placentinus den animus domini, aus der des Azo den animus sibi possidendi heraus. Dies ist nicht gerechtfertigt. Vgl. Ihering S. 249.

Ein grosser Streit erhebt sich auch über den Unterschied von naturalis und civilis possessio; während den klassischen Juristen diese Unterscheidung nur eine Frage des Sprachgebrauchs ist und daher ohne Bedeutung für die vorliegende Erörterung, bildet sie bei den Glossatoren eine Frage des Prinzips und wird vermischt mit der Behandlung des animus possidendi[1]). Placentinus und Bassianus bezeichnen das corpore possidere als naturalis possessio, das animo possidere als civilis possessio. Sie trennen vollständig den Besitz corpore und den Besitz animo. Bruns[2]) sagt darüber: „Wie ganz abenteuerlich diese Theorie ist, bedarf keiner Ausführung; namentlich ist der abgeleitete Besitz unklar gedacht, da er auf dem corpore possidere im Gegensatz des animo possidere beruhen soll, und dann doch wieder durch den animus von der Detention unterschieden wird". Azo dagegen trennt die beiden Bestandteile des Besitzes animus und corpus nicht so wie Bassianus und Placentinus. Seine Theorie wird auch von Roffredus verteidigt und ist in die accursische Glosse aufgenommen worden[3]). Von den Glossatoren wird nur der Besitzschutz eingehend behandelt; über die Wirkungen des Besitzes in Beziehung auf die Usucapion findet sich nichts.

In der Zeit nach den Glossatoren ist von einer wissenschaftlichen Bearbeitung der Besitzlehre nicht die Rede. Nur das praktische Interesse wird ins Auge gefasst, die Definition des Besitzes von Bassianus und Azo beibehalten, wiederholt und verglichen. Auch der Unterschied zwischen civilis und naturalis possessio wird lebhaft diskutiert[4]). Hier zeigt sich schon der Einfluss des germanischen und kanonischen Rechts auf die italienische Doktrin. Dass auf den Einfluss des deutschen Rechts grösseres Gewicht zu

---

[1]) Bruns S. 106.

[2]) Bruns S. 109. Vgl. auch Meischeider, Besitzschutz und Besitz 1876 S. 127.

[3]) Bruns S. 709.

[4]) Bruns S. 246 ff.

legen ist, bestreitet Bruns[1]), während Heusler ihn für unverkennbar hält[2]). Die Lehre vom animus possidendi wird nicht gefördert, sondern die Unterscheidung von Civil- und Naturalbesitz als Grundlage betrachtet. Bei Alciat findet sich insofern ein neuer Gedanke, als er den Besitzschutz auf die blosse Detention ausdehnt. Er erteilt nämlich den Rat, sich eintretenden Falles als Besitzer auszugeben[3]). Diese Auffassung steht im schroffen Gegensatz zu dem Satz des klassischen Rechts: Nemo sibi causam possessionis mutare potest. Die Bedeutung dieser Ausdehnung des Besitzschutzes ist nicht ohne Bedeutung[4]). Bei Zasius gehört zum Besitz die Cogitatio domini[5]).

III. Ausblick auf die Entwicklung in Spanien und Frankreich.

§ 8.

Der Einfluss des römischen Rechts zeigt sich auch in Spanien und Frankreich[6]). In Spanien finden sich deutschrechtliche und römisch-rechtliche Gedanken vermischt. Da der Siete partidas, das Gesetzbuch Spaniens, nur spärliche Bestimmungen über den Besitz enthält, dringt auf diesem Gebiete die römische Lehre fast vollständig durch. Der Besitz wird nach Azo definiert[7]: Posesion tanto quiere decis, como ponomiento de pies: et regunt dixieron los rabios, posesion es tenencia, que home ha en las cosas corporales, con ayuda de cuerpo et del entendimiento. Die Juristen des 17. Jahrhunderts definieren den Besitz als detentio rei cum animo sibi habendi oder possidendi, oder cum affectu domini[8]).

[1]) Bruns S. 251.
[2]) Heusler Gewere, 1872 S. 297 ff.
[3]) Vgl. Meischeider S. 116.
[4]) Vgl. unten S. 72 ff
[5]) Bruns, Meischeider a. a. O.
[6]) Vgl. Bruns S. 344 ff. Meischeider, S. 117 ff.
[7]) Bruns S. 345.
[8]) Vgl. Bruns S. 347.

Bei weitem Bedeutenderes leisten die Franzosen auf diesem Gebiete. Während bis zum 12. Jahrhundert sich in Frankreich eine ähnliche Entwicklung vollzieht, wie in Deutschland [1], finden wir seit dieser Zeit römisch-rechtliche Gedanken in Frankreich. Hier erkennt man einen wichtigen Fortschritt in der Lehre vom animus possidendi: die Franzosen gehen über den Standpunkt der Glossatoren hinaus und tragen neue Gedanken in die Besitzlehre hinein [2].

Sie definieren den Besitz als detentio rei cum affectu tenendi, habendi, possidendi, dominandi. Detention ohne Willen ist ihnen kein Besitz. Zum ersten Male finden wir hier den animus domini klar ausgesprochen. Die Franzosen übersetzen zwar ψυχὴ δεσπόζοντος mit animus dominantis, verstehen aber darunter den Willen, die Sache wie eine eigene zu haben. Donellus definiert possidere als rem corporalem quae in commercio est, aliis possessionibus vacuam affectu domini tenere, und erläutert affectus domini mit pro sua tamquam suam. Auf diesem Standpunkt stehen im wesentlichen Baro, Connanus, Contius, Charondas, Faber u. a. [3]. Abweichend ist die Auffassung des Duarenus. Er geht zwar ebenfalls vom affectus dominantis aus, hält aber Besitz für möglich, auch wenn ein anderer als dominus anerkannt wird. Besitzer ist nach ihm, qui rem ita tenet, ut se dominum esse contendat aut eum, cuius nomine tenet —. Corasius definiert possessio als apprehensae rei corporalis usus verus vel imaginarius cum affectione tenendi —. Nach Cujacius sind Besitzer der Dominus, derjenige, welcher die opinio dominii hat, der Precarist, der Pfandgläubiger, Sequester. Unter opinio dominii versteht er dasselbe, was Casius unter Cogitatio dominii versteht. Hier wird also nicht nur der Wille, die Sache wie ein Eigentümer zu haben, verlangt, sondern auch der Glaube, Eigentümer zu sein. Hotomanus stellt neben die possessio mit dem animus dominii die possessio nuda.

[1] vgl. darüber unten S. 24. Saisine gleich Gewere, vrai Saisine gleich rechte Gewere.

[2] Vgl. Bruns, S. 252, 367, Meischeider, S. 117.

[3] Vgl. Meischeider S. 117.

Dritter Abschnitt. Deutsches Recht.

I. Merkmale der Gewere im Gegensatz zum römischen Besitz.

§ 9.

Während dieses Entwicklungsganges des römischen Rechts ist das deutsche Recht seinen eigenen Weg gegangen, der nun bis zu seiner Vereinigung mit dem römischen Recht zum gemeinen Recht zu verfolgen ist. Es bleibt immer gefährlich, deutschrechtliche Institute mit römischen zu vergleichen. Denn es liegt die Versuchung nahe, die ganz anders geartetet, germanischen Rechtseinrichtungen unter die römischen Begriffe zu zwängen. Wie verhängnisvoll diese Operation für das deutsche Recht geworden ist, zeigt in vieler Beziehung das gemeine Recht: denn es bedeutet nichts anderes, als eine Aufsaugung der deutschen Rechtsgedanken durch römische. So ist es auch seit der Rezeption mit der der römischen possessio entsprechenden Gewere gegangen. Sie ist aus dem Rechtsleben verschwunden. Nach der Rezeption verachtete man es, die deutsch-rechtlichen Gedanken weiter zu verfolgen: „Die Gewere ist der Besitz, wie er in unklarer Weise im Mittelalter begriffen worden war und wie er jetzt durch die klare possessio des römischen Rechts ersetzt worden ist: so lautete die Lehre der neuen Zeit und glaubte sich damit der Pflicht aller weiteren Nachforschung überhoben[1].“ Erst Albrecht[2]) mit seinem epochemachenden Werk „die Gewere als Grundlage des deutschen Sachenrechts“, hat die Blicke der Juristen zurückgelenkt und ihre Aufmerksamkeit auf das fein gestaltete Institut der Gewere gefesselt. Damit ist einer wissenschaftlichen Behandlung der Gewere Bahn gebrochen worden, wenn sich auch später noch Vertreter der Ansicht finden, dass die Gewere unter römische Begriffe gebracht

[1]) Vgl. Huber, die Bedeutg. d. Gewere 1894, S. 68. Er hebt hervor, dass z. B. Haltaus in seinem Glossarium Sp. 2032 u. 2033 unter Waere nichts anderes versteht als die certa et tute possessio fundi, praecipue iudicaliter traditi oder custodia rerum nostrarum.

[2]) Albrecht, die Gewere als Grundl. d. deutchen Sacher. 1826.

werden müsse[1]). Wenn wir notwendiger Weise auf einen Vergleich mit der römischen possessio nicht verzichten können, so muss dies mit der nötigen Vorsicht und ohne Vorurteil geschehen. Richtet sich im folgenden unser Blick natürlich im wesentlichen auf das Erfordernis des Animus, so muss doch, um eine volle Erkenntnis des Wesens der Gewere zu erlangen, die Gestaltung dieser eigenartigen Rechtseinrichtung näher ins Auge gefasst werden.

§ 10.

Ihre Ausbildung hat die Gewere namentlich zur Zeit der Rechtsbücher erfahren[2]). Vor dieser Epoche ist wenig von einem solchen Besitzinstitut die Rede. Wahrscheinlich ist die Entwicklung ähnlich vor sich gegangen wie im römischen Recht: Den einfachen Rechtsverhältnissen der Naturalwirtschaft entspricht es, wenn Besitz soviel wie Eigentum bedeutet: Der, welcher ein Stück Land gerodet hat, hat die tatsächliche Herrschaft darüber und erhält somit Eigentum. Später teilte die Gemeinde in wechselnder Ordnung dem Einzelnen das Ackerland zu[3]). Die älteste Urkunde über die Gewere ist wohl die Germania von Tacitus[4]). Tacitus erwähnt eine possessio und schreibt darüber: Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione, fratres, patrui avunculi. Huber vermutet, dass Tacitus mit possessio die alte giverida des deutschen Rechts bezeichnet[5]). Darunter ist der alte Landbesitz zu verstehen; dieser Landbesitz war in der Tat nicht Eigentum, sondern Nutzungsrecht, und aus ihm hat sich unter Vermittlung des Investituraktes das Rechtsinstitut der Gewere entwickelt. In den Stammesrechten finden sich nur Andeutungen für die Gewere[6]).

[1]) S. unten S. 26 ff.

[2]) Für das folgende vgl. bes. Gierke, Deutsches Privatr. 1901. II, S. 187 ff.

[3]) Vgl. Stobbe-Lehmann, deutsch.-Privatr. 1896, S. 194.

[4]) Tacitus Germania Cap. 20, vgl. Huber S. 57, 58.

[5]) Huber, S. 56.

[6]) vgl. lex Salica Cap. 46 § 1.

Die Zeugnisse sind spärlich; jedenfalls bedeutet Gewere im frühsten Sprachgebrauch die Einweisung in das Grundstück (in-vestitura). Der Gedanke erhielt sich auch noch in spätererer Zeit, als die Uebertragung des Eigentums am Grundstück unter Mitwirkung der Genossen oder vor Gericht geschah[1]. „Später wurde der Name auf den Zustand des Bekleidetseins mit der Sache erstreckt[2])".

§ 11.

Es gilt nunmehr festzustellen, welche Erfordernisse die deutschen Rechtsbücher an die Gewere stellen. In den Quellen finden sich mehrere ausdrückliche und klare Aufzeichnungen. Dabei wird, wie stets im deutschen Sachenrecht, zwischen Immobilien und Mobilien unterschieden. Jedenfalls hat sich die Gewere an den Grundstücken entwickelt und ist dann später auf Fahrnis entsprechend ausgedehnt worden. So hatte ursprünglich der, welcher die Gewere am Grundstück hatte, auch die Gewere an den darauf befindlichen beweglichen Sachen[3]. Die Gewere beruht auf der Nutzung des Gutes. So heisst es im Sachsenspiegel und im Richtsteig: So vrag we an dem gude tu rechte were hebbe; so vintme, de it in nut unde in gelde hebbe, oder de den tins dar ut boret[4]. Daher ist es gleichgültig, ob man das Grundstück selbst bewirtschaftet, oder zu Zins ausgetan hat. In jedem Falle hat man die Gewere. Schon mit der blossen Zinsbestellung ist die Gewere entstanden, wie aus der Stelle im Schwabenspiegel[5] hervorgeht: Ist

[1]) Vgl. Huber, S. 51, Stobbe-Lehmann, S. 195. Die etymologische Bedeutung ist bestritten, Vgl. Cosack S. 28. im übr. vgl. u. § 12.

[2]) Gierke, dtsch. Privatr. II, S. 187.

[3]) Heusler, Gewere 1872, S. 58, 62, 66, 278 ff. Stobbe-Lehmann, S. 196. „Die besondere Gewere am einzelnen Fahrnisstück behauptet jedoch den Vorrang, falls sie mit der Gewere am Grundstück nicht im Einklang steht." Gierke deut. Pr. II, S. 187 ff.

[4]) S. Sp. Lehnr. 14 § 1, Richtst. Landr. 26, § 6. Richtst. Lehnr. 29 § 2. Vgl. d. Ähnlichkeit m. d. ob. erw. usucapio.

[5]) Schwsp. 22, Z. 1 ff.

daz ein man sinem friunde guot schlafen wil nach sinem tode, wil er ez im stäte machen, so seze er im einen zins daruz, da mit hat er die gewer und mac daz guot mit rechte nit verlieren. Von der hebbenden Gewere ist zu unterscheiden die ledigliche Gewere, die nur dann vorliegt, wenn man selbst das Grundstück nützt, nicht, wenn man es zu Zins ausgetan hat[1]). „Nach dem Inhalt der in ihr erscheinenden Sachherrschaft, sagt Gierke, ist die Gewere voller oder beschränkter." Streng unterschieden wird daher die egenlike Gewere, die auf eigenem Titel beruht, von der Lehnsgewere des Vasallen, der Satzungsgewere des Pfandgläubigers, der Gewere zur Vormundschaft, Leibzuchtsgewere, Leihegewere u. s. w.[2]). Keine Gewere hat dagegen der, der das Grundstück nur zum Nutzen eines andern bewirtschaftet, so der Verwalter an Liegenschaften, sowie die, die im häuslichen Abhängigkeitsverhältnis stehen[3]). Ob dem Mieter oder Pächter die Gewere zuzusprechen ist, ist bestritten[4]). Die Beantwortung der Frage hängt teilweise davon ab, ob man annimmt, dass mehrfache Gewere an einem Grundstück bestehen kann. Die einen[5]) leugnen die mehrfache Gewere für alle Fälle, die andern[6]) halten sie nicht für unzulässig, die dritten[7]) betrachten die Fälle der mehrfachen Gewere als Ausnahmen.

[1]) Vgl. Ssp. Lehnr. 88 § 3, 74 § 2, Richtstg. Lehnr. § 7 — Ssp. I 34 § 2, II 57, Schwsp. I 216, Magdeb. Fr., II 26. So Laband S. 63, vermögensrechtl. Klagen d. Mittelalters. Heusler Inst. d. deutsch. Privatr. § 81. Stobbe-Lehmann S. 196 bestreitet den Unterschied Gierke, Dts. Pr. II S. 192.

[2]) Vgl. Richtstg. Lehnr. 29 § 7, sächs. Lehnr. 74 § 2, 38 § 3. Gierke Dts. Pr. II, 199.

[3]) Sachsp. Lehnr. a 62 § 1. Ssp. III a 6 mit Glosse. Gierke, Dts. Pr. II, S. 191.

[4]) Vgl. Heusler, Inst. II § 82 Stobbe-Lehmann, II 304. Huber, S. 24, 29.

[5]) Vgl. Heusler, Inst. II § 82.

[6]) Gierke, Bedeutg. d. Fahrnisbesitzes für streitiges Recht im B.G.B. 1897 S. 6. Dts. Privatr. II S. 192. Laband, S. 160, Huber, S. 28. Diese Ansicht kann als die herrschende bezeichnet werden.

[7]) Stobbe-Lehmann II 199 ff.

Wenn so grundsätzlich eine Gewere an Immobilen nur bei tatsächlicher Nutzung möglich ist, so finden sich doch von diesem Prinzip einige Ausnahmen. Abgesehen von den Fällen, bei denen eine mehrfache Gewere anerkannt wird, entsteht eine sogenannte juristische (titulierte) Gewere bei Immobilien durch Auflassung, Adjudication und Erbgang. Hier geht also ipso iure die Gewere über, einer Inbesitznahme bedarf es nicht. Der Gewereübergang beim Erbfall entspricht dem deutschen Rechtssprichwort: der Tote erbt den Lebendigen[1]). Ursprünglich scheint allerdings eine Inbesitznahme bei der Auflassung erforderlich gewesen zu sein[2]). Diese Eigentümlichkeit der Gewere suchen Heusler[3] und Huber[4]) dadurch zu normieren, dass sie die Gewere dem zusprechen, der die „Möglichkeit der Nutzung“ hat.

Grundsätzlich andern Voraussetzungen unterliegt die Gewere an Mobilien. Hier ist allein das tatsächliche Haben massgebend[5]).

Der Erwerb der Gewere an Immobilien ist natürlich bedingt durch den Erwerb der Nutzung, abgesehen von den Fällen, in denen sie ipso iure erworben wird. Bei beweglichen Sachen genügt die Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Der Verlust bestimmt sich ebenso.

§ 12.

Wie sich aus der vorangehenden Darstellung ergibt, findet sich in den Quellen keine Spur davon, dass ein Willensmoment für erforderlich gehalten wird. Weder erscheint der animus als Charakteristicum der Gewere an sich,

[1]) Ssp. Lehnr. 39 § 3, verm. Sssp. I, 46 5. Magdeb. Fragen I 6, 8. — Sächs. Lehnr. 6 § 1, Ssp. III 83 § 1 — Ssp. III 82 § 2, Bestritten, vgl. Cosack, Bes. d. Erben 1877 S. 25 ff. Es war also in diesen Fällen eine doppelte Gewere vorhanden. Gierke Dts. Pr II, S. 196.

[2]) Vgl. lex Salica 46. Rechtsb. nach Dist. I 31 d. 1. Vergl. Huber, S. 33.

[3]) Vgl. Heusler, Gewere a. a. O.

[4]) Huber a. a. O.

[5]) Vgl. Sssp. § 2, I 31.

noch als Unterscheidungsmerkmal der egenliken Gewere von der blossen Gewere. Nach der Ausdrucksweise der Quellen sieht man nur auf den tatsächlichen Zustand, es heisst: Der hat die Gewere, der die Nutzung zieht u. s. w. Auch in den Fällen, wo die Nutzung nicht stattfindet, sondern nur „möglich ist", spricht man nur davon, dass der Betreffende die Gewere „hat". Dass er sie durch seinen Willen an sich fesselt, davon ist nicht die Rede. Durch Gegenüberstellung der Gewere und der römischen possessio hat man allerdings namentlich für diese Fälle einen animus zu konstruieren und dadurch zu erklären versucht, warum hier Gewere vorhanden ist, trotzdem die Nutzung fehlt. Albrecht[1]) allerdings hatte einen Vergleich mit dem römischen Recht ververschmäht und ganz unabhängig das fein gestaltete deutschrechtliche Institut als Grundlage des deutschen Sachenrechts dargestellt. Spätere Schriftsteller[2]) sind aber von dieser Art der Behandlung abgewichen, und haben den Vergleich mit dem römischen Recht allzuweit ausgedehnt. Wären sie ihrem Vorgänger und Meister gefolgt, so wäre das für die Erkenntnis des Wesens der Gewere entschieden vorteilhafter gewesen. Der Grund aller dieser Versuche ist die Vorliebe für juristische Konstruktionen; wenn ein deutsch-rechtliches Institut nicht unter römische Begriffe passt, dann wird es passend gemacht. Ob dadurch das deutsche Recht in seinem Wesen verändert wird, darauf kommt es nicht an, wenn nur die Konstruktion gelingt.

Während man für das römische Recht den animus domini verlangt, hält man für die Gewere den animus rem sibi habendi für ausreichend. Zu dieser Konstruktion liegt jedoch u. E. kein Bedürfnis vor. Schon Sandhaas[3]) hatte den Vergleich mit dem römischen Recht unternommen, ihn aber nicht soweit ausgedehnt, dass er einen animus für erforderlich halten musste. Laband dagegen[4]) bezeichnet den animus possidendi als

---

[1]) Albrecht, a. a. O. Vorwort.

[2]) Siehe näh. unten in diesem §.

[3]) Germanistische Abhandlg. 1852 S. 125.

[4]) Laband, vermögensrechtl. Klagen 1869 S. 80.

dem deutschen Recht geläufig: Heusler[1] versteht unter Gewere eine possessio mit der Modifikation im Animus domini. Der animus zeige sich bei der Gewere als animus rem sibi habendi. Den Ausführungen dieser beiden Schriftsteller schliesst sich auch Cosack[2] vollkommen an. Desgleichen versucht Sohm[3] einen Vergleich mit dem römischen Recht „Der römische juristische Besitz fordert keinen animus domini, sondern den Willen zu besitzen, d. h. den Willen, jeden Dritten von der Sache auszuschliessen; ebenso bei der Gewere an Grundstücken. An Mobilien gibt es keinen juristischen Besitz, der von der blossen Detention, dem faktischen Gewahrsam, sich unterschiede. Für die fahrende Habe ignoriert das deutsche Recht den animus." Die symbolische Investitur vergleicht er dem römischen constitutum possessorium: „Es geht ein Wechsel des juristischen Besitzes vor sich, ohne äusseren Detentionswechsel, durch blosse Änderung des animus. Dies Verhältnis wird auch so in Urkunden formuliert, sofern sie romanistische Bildung in sich aufgenommen haben."

Hier liegt der springende Punkt: erst die Aufnahme des römischen Rechts bewirkte diese dem deutschen Rechtsgedanken völlig fremde Konstruktion. Will man die Gewere unter römische Formeln bringen, so ist dies vielleicht der beste Ausweg. Für die Erkenntnis der deutschen Gewere ist eine solche Konstruktion aber nur irreführend. Dass die Gewere der juristische Besitz des deutschen Rechts ist, dieser Satz kann keinesfalls aufgestellt werden, auch wenn die Gewere viel mit der römischen possessio gemein hat.

Auch Kohler[4] stellt die Gewere dem juristischen Besitz gegenüber: „Die Gewere ist Besitz und nur Besitz. Für das römische Recht ist die Lehre vom animus domini als dem Willen, die Sache als Eigentümer zu haben, verfehlt. Der animus domini ist der Wille, die Sache in der Gesamt-

[1]) Heusler, Gewere S. 172.

[2]) Cosack Besitz d. Erben S. 33.

[3]) Sohm, Zur Geschichte der Anflassung i. d. Festgabe für Thöl 1879 S. 107.

[4]) Kohler, pfandrechtl. Forschungen 1882 S. 173.

heit ihrer normalen wirtschaftlichen Funktionen für sich zu haben; ebenso die deutsche Gewere".

Die Vergleiche, die Kohler anstellt[1]), zwingen durchaus nicht zur Annahme eines animus: dass gewisse wirtschaftliche Gedanken des römischen Rechts im deutschen Recht wiederkehren, bezeugt noch nicht, dass juristisch für die Gewere ein Animus konstruiert werden muss. Die Urkunden[2]), die er anführt, sprechen nicht von einem animus und beweisen daher nichts: Earundum supradictarum cespites pro ampliori firmitate evangelium superposui, ita ut at hac die tenendi, habendi, possidendi, in omnibus liberam et firmam habeat potestatem . . . . Hier wird nur von der Möglichkeit der Gewere gesprochen und nur der Satz bewiesen, dass Gewere bestehen kann, wenn die Möglichkeit der Nutzung vorliegt.

Selbst Huber[3]) in seiner hervorragenden Festschrift, „die Bedeutung der Gewere" kann sich von dem Gedanken der Notwendigkeit des animus nicht lossagen. Nach ihm setzt sich die Gewere aus zwei Elementen zusammen, der Nutzung, die etwa dem römischen corpus zur Seite zu stellen ist, und aus der Behauptung einer dieser Herrschaft entsprechenden nach objektivem Recht gegebenen dinglichen Berechtigung an der Sache. Diese Behauptung der dinglichen Berechtigung will er dem animus domini des römischen Rechts gegenüberstellen. Nicht werde wie im römischen Recht der Wille der Eigentumsherrschaft verlangt, sondern es genüge der Wille, der auf irgend eine dingliche Berechtigung gerichtet sei. Er führt also den Vergleich soweit durch, dass er für das deutsche Recht einen animus für erforderlich hält; nur in der Beschaffenheit dieses animus sieht er den Unterschied zwischen der deutschen Gewere und der römischen possessio. Später gibt er allerdings zu[4]), dass jeder Vergleich der possessio mit der

---

[1]) Dejicient und dejectus im r. R. und deutschen Recht; constitutum possessorium und Auflassung, Kohler S. 175.

[2]) Die Urk. von 759 bei Kemble, cod. diplomaticus aevi Saxonici I Nr. 104. p. 126.

[3]) Huber, a. a. O. S. 22.

[4]) S. 46.

Gewere misslingen müsse: „Gewere kann nicht Besitz bedeuten. Die Linien sind nicht parallel, sondern divergent".

Auch Stobbe war ursprünglich der Ansicht, dass der animus rem sibi habendi ein Charakteristicum der deutschen Gewere sei, im Gegensatz zum römischen Besitz, der animus domini erfordere. Das Gebiet des Besitzes sei demnach im deutschen Recht weiter, als im römischen. Diese Ansicht hat er jedoch in seinen späteren Auflagen aufgegeben[1]).

So steht fast die ganze Litteratur über die Gewere gegen uns[2]); trotzdem wagen wir es zu behaupten, dass der animus der deutschen Gewere nicht nur vollkommen fremd ist, sondern sogar, dass es eine Entstellung des Begriffes bedeutet, wenn ein solcher animus der Gewere angedichtet wird[3]). Nicht juristische Konstruktionen sind es gewesen, sondern allein praktische Rücksichten[4]), die in den fraglichen Fällen zur Annahme einer Gewere nötigten, trotzdem die Nutzung fehlte. So sollte der Dejicient die Beklagtenrolle im Prozess erhalten, das Grundstück, das aufgelassen worden war, sollte nicht ohne Vertreter bleiben, der Nachlass sollte nicht ohne Herrn sein u. s. w.

Ehe wir es versuchen, die Gewere unter römische Begriffe zu zwängen, möchten wir lieber noch Gerber[5]) zustimmen, der die Gewere für einen juristisch unfassbaren Begriff erklärt. Dann bleibt uns wenigstens die Gewere rein und unverfälscht, sowie sie dem deutschen Recht eigentümlich ist, erhalten. Vollkommen stimmen wir daher

[1]) Stobbe, deutsch. Privatr. 2. Aufl. S. 15.

[2]) Cosack, i. d. 17. Aufl. v. Gerbers Syst. d. deutsch. Privatr. § 68, Stobbe, Gewere i. d. Encyclopädie von Ersch und Gruber I 65 S. 428 ff. Krit. Viertelsjahrschr. II 249, Planck d. deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter I 549 u. a.

[3]) Dass einige die Gewere als ius possidendi auffassen, berührt sich mit dem Streit im r. R., ob possessio Recht oder Faktum sei. Es gehört nicht in den Rahmen dieser Abhandlg. vgl. d. bei Gierke S. 3 angeführten.

[4]) Dieselben praktischen Rücksichten nötigten auch zur Einführung der Besitzinterdikte im römischen Recht. § 1—5.

[5]) Gerber deutsch. Privatr. S. 172 ff. Ztschr. f. Civilpr. n. F. XI 1 ff. ges. Abhandlg. S. 372 ff.

Gierke[1]) zu, der ebenfalls die Gewere am römischen Besitzbegriff nicht gemessen wissen will. Ein Vergleich ist wohl interessant, insofern die Unterschiede dargetan werden, kann aber verhängnisvoll werden, wenn die Ähnlichkeit zu sehr betont wird. Denn das bedeutet stets eine Vernichtung der deutsch-rechtlichen Gedanken[2]).

II. Bedeutung der Gewere für Ersitzung, Aneignung, Fruchterwerb.

§ 13.

Nicht so scharf wie der juristische Besitz von der Detention, hebt sich die egenlike Gewere von der Gewere zur Vormundschaft, Leibzucht, Leihe, Satzung u. s. w. ab; sie nimmt vielmehr gewissermassen die erste Stelle in der Reihe der verschiedenen Geweren ein, die durch das zu Grunde liegende dingliche Recht bestimmt werden. Sie bringt, wie Gierke[3]) sagt, behauptetes Eigentum der Sache zum Ausdruck.

Die Funktionen der römischen Ersitzung versieht im deutschen Recht die rechte (qualifizierte) Gewere, die der hat, der ein Grundstück Jahr und Tag in der Gewere gehabt hat. Die rechte Gewere führt aber nicht zum Eigentumserwerb, sondern verleiht nur gesteigerten Rechtsschutz. Sie erwirkt nämlich die Ausschliessung aller nicht binnen Jahr und Tag geltend gemachten Ansprüche, und ist eine Folge der gerichtlichen Frohnung. An Mobilien ist eine Ersitzung unbekannt[4]).

Der Fruchterwerb ist im deutschen Recht grundsätzlich anders geregelt, die römischen Unterscheidungen sind dem deutschen Recht fremd. Nach dem Rechtssprichwort „wer

---

[1]) Gierke, S. 3. dts. Privatr. II, S. 189.

[2]) Vgl. auch Auerbach, S. 24. Er scheint zu verkennen, dass Huber einen animus konstruiert.

[3]) Gierke, Dts. Privatr. II, S. 199.

[4]) Vgl. Stobbe-Lehmann, S. 426. Vgl. dar. Gierke Dts. Pr. II, S. 198.

säet der mäet", erhielt der Besteller des Feldes das Eigentum an den geernteten Früchten[1]).

Für die Occupation, die im deutschen Recht durch Anerkennung zahlreicher Aneignungsrechte eingeschränkt ist, wird der Aneignungswille nicht erfordert[2]).

Während das deutsche Recht Besitzklagen im Sinne des römischen Rechts nicht kennt, ist eine Funktion der Gewere, die auch noch im heutigen Rechte hervortritt, besonders ausgebildet; es ist ihre Bedeutung als formale Legitimation: Der Gewereninhaber ist zur Vertretung des Grundstücks berechtigt und verpflichtet. Während die Gewere an sich nach der Rezeption vollständig verschwunden ist, lebt sie in der Bedeutung der Vertretungsbefugnis auch im gemeinen Recht noch fort[3]).

4. Abschnitt. Gemeines Recht.

I. Bedeung des kanonischen Rechts für die gemeinrechtliche Entwicklung.

§ 14.

Ehe wir in eine Erörterung des gemeinen Rechts eintreten, ist noch ein Blick auf das kanonische Recht zu werfen, das für die Weiterentwicklung des römischen Rechts im gemeinen Recht von nicht zu unterschätzendem Einfluss gewesen ist. Das kanonische Recht zeichnet sich durch die Anerkennung eines erheblich erweiterten Besitzschutzes aus und gestaltet damit zugleich den ganzen Besitzbegriff um.

Nach den sogenannten Pseudoisidorischen Kirchengesetzen[4]) brauchte sich ein spoliierter Bischof auf Anklage

[1]) Ssp. II 58 § 2. Deutsch. Spiegel 171. Schwsp. 218 a. u. a.

[2]) Schwp. 198 Z. 10. Die wil ez in siner gewalt ist, so ist ez sin.

[3]) Diese Seite d. Gewere hat bes. Albrecht hervorkehrt, vgl. Huber, S. 49. Gierke Dts. Pr. II, S. 208.

[4]) Damasus cb ad afros, Eusebius cb II Felix I et II, Stephanus cb II u. a.

nicht einzulassen, ehe ihm das Entrissene durch die Kirchengewalt zurückerstattet war; diese Gesetze, vor allem der Kanon redintegranda gingen in das Dekret Gratians über[1]). Zunächst wurde nur eine Einrede für den Spoliierten begründet, bald aber wurde daraus eine Klage (condictio ex canone), die die Restitution direkt erzwang. Das Bedeutsame dabei ist, dass diese Spolienklage nach Deutschland übernommen wurde und eine ungemessene Ausdehnung erhielt, nicht bloss dem juristischen Besitz Schutz gewährte, sondern auch der Detention im eigenen Interesse[2]). So wurden also auch Mieter, Pächter u. s. w. geschützt. Das Summariissimum wurde jedem Detentor zugestanden. Ebenso hat das kanonische Recht und mit ihm das gemeine Recht einen erweiterten Rechtsbesitz anerkannt.

Die Erwähnung dieser Erweiterungen des Besitzschutzes mag überflüssig erscheinen, ist aber insofern ein wichtiges Glied in der Kette unserer Entwicklung, als hierdurch der Unterschied von Besitz und Detention erheblich abgeschwächt wurde[3]). Darunter musste zugleich die Lehre vom animus domini leiden.

II. Die Behandlung des Besitzwillens im gemeinen Recht.

1) Bis auf Savigny (1806).

§ 15.

In der Gestalt der italienisch-kanonischen Doktrin ging die römische Besitzlehre in das gemeine Recht über. Sie wurde rückhaltlos in ihrer damaligen Gestalt übernommen, und es zeigen sich im 16. Jahrhundert wenig neue Ideen und Theorieen[4]). Erst im 17. Jahrhundert suchte man den Besitz-

---

[1]) L. III C. 3 qu. 1.

[2]) Vgl. besonders Dernburg, S. 430, ferner Cap. 18 x de rest spol 2, 13.

[3]) S. darüber Engelmann, S. 393—97.

[4]) Wir entnehmen folgende Darstellg. im wesentl. Bruns, S. 373 ff. Meischeider, 118 f.

begriff zu zergliedern und zu begreifen. Was den animus domini anbetrifft, so bezeichnet Ihering[1] als den ältesten Vertreter der Lehre Lauterbach[2]). Im übrigen finden sich die verschiedensten Ansichten entwickelt. Einige folgen blindlings den Franzosen und verlangen schlechthin animus domini[3]). Andere verwerfen den animus domini und suchen eine andre allgemeine Formel zu finden, wie: animus sibi oder sibi suaeque utiliter causa oder sibi suoque nomine habendi, animus domini vel alius iuris in re, an iuris cujusdam circum illam rem u. s. w. Eine Blütenlese daraus, die wir der Zusammenstellung Meischeiders[4]) entnehmen, soll zeigen, welche Ungewissheit und Zersplitterung der Meinungen wir hier vorfinden, und welchen Schwierigkeiten die Theorie bei ihren Versuchen begegnet ist. Teilweise finden sich nur naive Bemerkungen über die sonderbare römische Besitznormierung, aber keine Erklärungen dafür. Teilweise sucht man einen tiefern Grund zu finden, scheitert aber mit diesen Versuchen meistens, sobald man eine Theorie aufstellt und sie in ihre Konsequenzen verfolgt. Einige aber lösen sich vom römischen Recht los, bilden den Besitzbegriff um, und gestalten den Besitzschutz ganz eigenartig und selbständig.

So sagt Geyl vom Pfandgläubiger, er sei nicht possessor, habe aber die possessio[5]). Schneidewin[6]) nimmt animus domini an, lässt aber daneben noch den Vasallen, Emphyteuta, Usufructuar u. s. w. als Besitzer gelten. Georg Adam Struvius[7]) lässt den animus domini entscheiden und konstruiert eine translatio possessionis für die übrigen.

[1]) Ihering, S. 248. Gierke Privatr. II, S. 211.

[2]) Lauterbach, collegium theoretico-practicum tom. III Tit. Pand. 41, 2 § 8—10.

[3]) So Obrecht, disput. I 25 c. I 5. Treutler Disput. II 21 Arumeus Disput 20—6.

[4]) Meischeider, S. 118 ff.

[5]) Geyl de pignor. obs. 6 No. 9.

[6]) Schneidewin, comment. in Inst. de interd. § 5 No. 51 sequ.

[7]) Struvius exercist. 42 No. 3, 5—7.

Auch Böhmer erkennt den animus domini an, schreibt aber auch dem Pfandgläubiger Besitz zu, ohne dies zu erklären.[1])

Bachov[2]) bestimmt die possessio durch den animus tenendi, Rennemann[3]) fasst den animus possidendi als affectio domini auf.

Dagegen geht Giphanius schon kritisch vor, und macht geltend, dass die ψυχή δεσπόζοντος auf sehr viele Personen nicht passe, die doch Besitzer seien; er definiert daher den animus possidendi als animus sibi habendi[4]).

Den Boden des römischen Rechts verlässt vollständig Nettelbladt[5]); er nimmt in allen Fällen Besitz an, si detinens rem corporalem eam cum animo sibi habendi, i. e. iuris cujusdam, quod versatur circa illam rem, et sibi competere asserit, exercendi causa detinet. Leyser[6]) geht hierin noch weiter, er stellt folgende These auf: Nudus detentor etiam possidet atque remedia possessoria habet. Auch Thibaut[7]) spricht der Unterscheidung von juristischem Besitz und Detention alle innere Begründung ab und erklärt an sich jede Detention „aus irgend einem rechtlichen Grunde“ für Besitz und jeden Unterschied für Willkür des positiven Rechts: dass das justinianische Recht dem Detentor keinen Schutz gewährt, wird anerkannt, aber als unzweckmässig verworfen, und jedem Detentor der Besitzschutz durch Spolienklage und Summariissimum zugebilligt. Bezeichnend ist, dass dieser erweiterte Besitzschutz teilweise sogar aus dem corpus juris abzuleiten versucht wurde, (betreffs des Interdictum de vi und des Interdictum U. V.)[8]).

Leyser und Thibaut geben den Abschluss dieser gemeinrechtlichen Entwickelung wieder, die den Besitzschutz

---

[1]) Exercist. 90 Cap. 2 § 5.

[2]) Bachov, ad Treutl disput. vol II disp. 21 t. 1.

[3]) Possessio precaria est omnino nulla. Disput VI T. 1 19.

[4]) Giphan, explan. in Inst. zu § 5 de interd.

[5]) System Element iurispr. § 508.

[6]) Leyser, medit. ad pand. sp. 451 No. 1—4.

[7]) Thibaut, Besitz § 1 8—9.

[8]) So Böhmer, Dig. 43, 16 n. 5 Schaumburg jur. Dig, 43, 16 § 3. Wernher, obs. for III 228, Leyser l. c.

in so erheblichem Masse ausdehnte. So war der Unterschied zwischen juristischem Besitz und Detention, den man zeitweise in dem animus domini gefunden hatte, gefallen, und damit dieser Lehre selbst gewaltig Abbruch getan. Nur noch für Usukapion und Occupation konnte man allenfalls den animus domini verwerten.

Bis zu diesem Zeitpunkte sind, um das Gesagte noch einmal kurz zusammen zu fassen, folgende Entwickelungsstadien zu unterscheiden: Das römische Recht z. Z. Justinians kennt keinen Animus domini; Andeutungen des Unterschieds zwischen juristischem Besitz und Detention finden sich bei Paulus, der ihn in den Animus possidentis sieht. Die Byzantiner haben den Ausdruck γνώμη δεσπόζοντος, Animus dominantis, der später mit Animus domini übersetzt wird. Die Glossatoren suchen in verschiedener Weise den juristischen Besitz zu erklären, den Animus domini kennen sie aber nicht. Beeinflusst durch das kanonische und teilweise auch das deutsche Recht dehnt die italienische Doktrin den Besitzschutz auch auf Besitzverhältnisse aus, die bisher nicht geschützt waren. Dadurch wird die Durchführung der Lehre vom Animus domini im Prinzip erschwert. Trotzdem finden sich nach der Rezeption, wie gezeigt, Erklärungsversuche, zuerst bei den Franzosen, dann auch in der mannigfaltigsten Weise in Deutschland. Schliesslich wird auch die Detention, so zu sagen, Besitz und damit jeder Unterschied verwischt.

2) Die Ära Savignys (bis 1876).

§. 16.

Diese fortschreitende Entwickelung wurde plötzlich gehemmt durch das epochemachende Werk Savignys „das Recht des Besitzes 1803“. Um Jahrhunderte — kann man sagen — wurde durch diese Arbeit die Rechtsentwickelung zurückgeschraubt. Savigny machte es sich zur Aufgabe, nicht das gemeine Recht zu erklären und auf seinen Grundlagen weiter zu bauen, sondern er ging auf die Quellen zurück, stellte die Besitzlehre nach justinianischem Recht

dar und zeichnete auf diese Weise den Weg vor, den die Theorie von jetzt an gehen sollte und tatsächlich gegangen ist. Der Hinweis auf die logisch korrekte Durchführung des Besitzbegriffs im römischen Recht liess die Juristen die Entwickelung der gemeinrechtlichen Theorie vergessen, trotzdem deren Gestaltung sicherlich den Verkehrsverhältnissen der Neuzeit mehr entsprach, als die Besitzlehre des römischen Rechtes. So bildet Savigny in der Besitzlehre den Markstein, den Abschluss einer alten und den Anfang einer neuen Entwickelungsperiode. Alle Besitzes-Monographieen, die in der folgenden Zeit erscheinen, gehen nicht weiter als auf Savigny zurück. Darum gilt er auch als der Begründer der Lehre vom Animus domini, obgleich schon früher, wie wir gesehen haben, diese Theorie auftaucht. Die ganze Besitzeslehre gruppiert sich von jetzt ab um ihn, überall gilt die Losung: Für oder wider Savigny. Er hatte — so war die Meinung der meisten — endlich Licht verbreitet über das bisher dunkle und unverstandene Besitzrecht.

So lautete nun die Lehre, die fast das ganze 19. Jahrhundert die Juristen im Banne hielt:[1]) „Jede Detention muss, wenn sie als Besitz gelten soll, absichtlich sein, das heisst, man muss, um Besitzer zu sein, die Detention nicht bloss haben, sondern auch haben wollen. Dieses der Detention korrespondierende Wollen (Animus possidendi) kann in zweifacher Weise auftreten: Entweder um fremdes, oder um eigenes Eigentum auszuüben. Hat er die Absicht, fremdes Eigentum auszuüben, welches er also eben jetzt anerkennt, so liegt darin kein solcher Animus possidendi, durch welchen die Detention zum Besitz erhoben würde. Es bleibt also nur noch der zweite Fall übrig, in welchem die Absicht auf eigenes Eigentum gerichtet war, so dass der Animus possidendi durch Animus domini oder Animus sibi habendi erklärt werden muss, folglich nur der als Besitzer gelten kann, welcher die Sache als Eigentümer behandelt, deren

[1]) Savigny S. 110.

Detention er hat, d. h. welcher faktisch ebenso beherrschen will, wie ein Eigentümer kraft seines Rechtes zu tun befugt ist, also insbesondere auch, ohne einen andern besser Berechtigten über sich anerkennen zu wollen. Mehr aber als dieser Animus domini gehört durchaus nicht in den Begriff des Besitzes: am wenigsten die Überzeugung, dass man wirklich Eigentümer sei (opinio sive cogitatio domini.)" „[1])Nach der Bestimmung des Begriffs gilt derjenige als Besitzer, welcher die Detention um seiner selbst haben will, aber nicht, wer sie für einen andern ausübt. Im letzten Fall gilt vielmehr derjenige als Besitzer, für welchen das Eigentum ausgeübt wird — da jedoch der Besitz als Recht betrachtet werden muss, und daher der Veräusserung fähig ist, kann in jenem Fall der eigentliche ursprüngliche Besitzer das Recht des Besitzes auf den übertragen, welcher für ihn das Eigentum ausübt." „Es gibt also ausser dem ursprünglichen Besitz, welcher auf Detention und Animus domini beruht, noch einen abgeleiteten, welcher sich auf den ursprünglichen Besitz einer andern Person gründet. Aller Unterschied dieses abgeleiteten Besitzes von dem ursprünglichen liegt in dem Animus possidendi, und in der Detention sind beide gleich. Der Animus possidendi nämlich, welcher bei dem ursprünglichen Besitz als Animus domini gedacht werden musste, geht bei dem abgeleiteten auf das von dem bisherigen Besitzer übertragene jus possessionis. Der abgeleitete Besitz kann aber nur da angenommen werden, wo ihn das positive Recht ausdrücklich geltend machen will."

§ 17.

Diese mit schneidender Kürze und Bestimmtheit verkündete Lehre rief eine Flut von Gegenschriften und zustimmenden Abhandlungen hervor, wie sie wohl auf einem so speziellen Gebiet in der Jurisprudenz kaum zu finden ist. Die nächste Zeit kann geradezu als die Ära Savignys

[1]) S. 119.

bezeichnet werden. Sie reicht u. E. nach bis 1876. Dass sich allerdings auch noch in der Gegenwart der bedeutende Einfluss Savignys geltend macht, ist zweifellos. Jedoch bis zu dieser Zeit kann man die oben angegebene Losung verfolgen: Für oder wider Savigny; seit dem, namentlich seit dem Werke Meischeiders, Besitzschutz und Besitz, verliert sich dieser Gedanke mehr und mehr und macht einer kritischen, dem römischen Recht gegenüber unfreundlichen Haltung der Juristen Platz. Ohne auf eine Würdigung und kritische Beleuchtung der Lehre zunächst einzugehen — diese wird in den einzelnen Schriften zur Genüge gegeben — sehen wir unsere Aufgabe darin, festzustellen, wie es dem Animus domini in der dem Savignyschen Werke folgenden gemeinrechtlichen Theorie erging.

Die Juristen gliedern sich natürlich als Anhänger der Lehre vom Animus domini und als Gegner und gleichzeitig Verkünder einer neuen Theorie; jene lassen sich wieder scheiden in diejenigen, die die Erklärung Savignys rückhaltslos annehmen und diejenigen, die eine andere Erklärung für den Animus domini zu finden suchen. Bei dieser Betrachtung werden wir es nicht vermeiden können, auch auf die einzelnen Erläuterungsversuche des abgeleiteten Besitzes zu achten, da die Beantwortung dieser Frage eng mit der unsrigen zusammenhängt [1]).

Als unbedingter Anhänger Savignys tritt jetzt Thibaut auf [2]): „Da der Animus domini nicht für alle Fälle angenommen werden könne, in denen Possessio vorhanden sei, noch der Animus possidendi auf die bestimmten Possessionsverhältnisse eingeschränkt werden könne, sei die Lehre Savignys eine hervorragende Erklärung. Der Besitz, wie jedes Recht, sei übertragbar. Ausnahmen seien für Mieter

[1]) vgl. für das folgende besonders die Kritik bei Savigny S. 133 ff. und Meischeider, S. 8 ff. Soweit wir den Inhalt eines Werkes ihrer Darstellung entnehmen, ist der Name des Autors unter „siehe darüber“ beigefügt.

[2]) Thibaut, civ. Arch. S. 326 folgende. S. dar. Meischeider, S. 10, Savigny S. 138.

und andere Detentoren gemacht, weil man eine Vervielfältigung der Prozesse vermeiden wollte.“

Auf diesem Standpunkt steht auch Brinz[1]): Die Possessio sei nicht blos res facti, sondern auch res juris und daher übertragbar.

Während Savigny die Fälle des abgeleiteten Besitzes als anomale hingestellt hatte, suchen jetzt einige Verteidiger der Animus-domini-Theorie sie konsequent durchzuführen und den Begriff auch auf die Fälle des sogenannten abgeleiteten Besitzes auszudehnen.

So sucht zunächst Schröter[2]) sie als regelmässige, natürliche zu stempeln. Emphyteuta und Superficiar hätten den Animus domini, weil die Rechte der Inhaber erheblich gross, bedeutend grösser z. B. als beim Fructuar seien. Ebenso besitze der Pfandgläubiger, als wenn er Eigentümer wäre. Beim Prekaristen leitet er den Animus domini vom Gestatten des Eigentümers, beim Sequester von einem Auftrag des Eigentümers ab.

Während Rosshirt[3] ursprünglich eine Generalisierung aller der Fälle, in denen das römische Recht possessio annimmt, für unmöglich erklärt hatte, nimmt er später den Animus domini für alle Fälle des Besitzes an und bezeichnet letzteren als die Gesinnung, jeden andern von der Sache auszuschliessen. Hauptsächlich polemisiert er aber gegen die Bezeichnung des abgeleiteten Besitzes. — Dem Protest schliesst sich auch Sintenis an.

Kierrulff sagt[4]): Der Besitzer hat den Animus domini nur insofern, als er faktisch Herr des Objekts ist und so Herr sein will. Dieser Animus kommt jedem Besitzer in

[1]) Brinz, Pandekten I S. 64, s. dar. Windscheid, S. 489.

[2]) Schröter, abgeleiteter Besitz, Zeitschr. v. Linde Band II 1829, S. 283 ff., s. darüber Savigny, S. 234.

[3]) Arch. für Civ. Praxis Band 8, I, S. 9, Band 21, X, s. darüber Savigny, S. 133, Meisch. S. 11, vgl. Sintenis, Beitr. z. Lehre vom jurist. Besitz (Zeitschr. v. Linde. 1834.)

[4]) Kier. S. 253 f., s. dar. Lenz, Recht d. Bes. 1860 S. 103, ders. Ans. Böckig Pand. § 123 No. 7.

den normalen, wie in den Fällen des sogenannten abgeleiteten Besitzes zu, in welchen durchaus keine Anomalie enthalten ist.

Pfeifer schliesst folgendermassen[1]): „Animus domini ist der Wille, die Sache als Herr, nicht bloss als Stellvertreter zu haben; dieser Wille fällt nicht mit dem Willen, die Sache wie ein Eigentümer zu haben, zusammen; der Ausdruck ist vielmehr gleichbedeutend mit Animus rem sibi habendi; unter diesen Begriff fallen auch die Fälle des abgeleiteten Besitzes. — Bei Pfeifer finden wir schon eine halbe Wendung nach der andern Richtung hin. Den Gegnern der Animus-domini-Theorie ist nämlich das Streben eigentümlich, an Stelle des Animus domini einen allgemeinen Begriff zu setzen, der die Fälle des ursprünglichen und abgeleiteten Besitzes umfasst. Dieses Bestreben zeigt Pfeifer in sofern, als er zwar den Ausdruck Animus domini noch beibehält, aber ihn als Animus rem sibi habendi erklärt.

Dagegen verwirft den Animus domini Guyet (und sich anschliessend Johannsen); er bestimmt den Besitzwillen als Animus possidendi[2]); es sei der Wille, der darauf gerichtet sei, durch die körperliche Inhabung der Sache ein rechtliches Verhältnis der Person zur Sache unter Ausschliessung anderer von dem beabsichtigten Rechtsverhältnis herzustellen. — Der Detentor wolle nur factischer Besitzer sein, um über die Sache zu verfügen.

Warnkönig[3]) definiert den Besitzwillen als Animus rem sibi habendi im Gegensatz zu dem auf alieno nomine possidere gerichteten Willen. Diesen Willen schreibt er den abgeleiteten Besitzern zu, während es dem Rechtsverhältnis widerspreche, auch bei den übrigen Detentoren diesen Willen vorauszusetzen.

---

[1]) Pfeif., Was ist und gilt im röm. Recht der Besitz? Tüb. 1840, s. dar. Meisch. S. 12.

[2]) Abhandl. 6 u. Lind. Zeitschr. 4, XVI. Joh. Begriffsbest. aus dem Geb. d. Civr., Heid. 1831 S. 10 ff., s. dar. Meisch., S. 13.

[3]) Über die richt. Begriffbest. des Animus poss., Archiv f. Pr. XIII, VIIII., s. dar. Meisch. S. 14. Sav., S. 135.

Auch Bartels[1]) konstruiert einen Animus rem sibi habendi, der den Charakter habe, dass er unmittelkar auf die Sache gehe. So habe z. B. der Usufructuar keinen Animus rem sibi habendi, der Pächter keinen Animus rem sibi habendi.

Georg Eduard Schmidt[2]) stellt den Animus dominandi als Unterscheidungsmerkmal auf und hält ihn für gleichbedeutend mit dem in den Quellen vorkommenden Bezeichnungen: affectio tenendi, possidendi u. s. w. Den Animus possidendi will er aber bei den Besitzern gemessen wissen, die das Eigentum eines andern anerkennen. Der Besitzwille sei nach den Kriterien des Gebrauchs und des Schutzes zu erklären.

Böcking[3]) gibt den Ausdruck des Theophilus mit animus dominantis, possidentis wieder. Nach ihm hat der Besitzwille 2 Richtungen, die positive, in welcher das Subjekt die Sache als Objekt dauernd seinem Willen faktisch unterwerfen will, und die negative der Ausschliessung der faktischen Herrschaft anderer über die besessene Sache. „Bedürfnis und Statthaftigkeit der Unterscheidung zwischen juristischem Besitz und Detention fallen damit weg."

Nach Lenz[4]) ist der Wille als animus dominantis zu bezeichnen. Keine der Bezeichnungen sei so verwerflich, als der Ausdruck Animus domini. Der Besitzwille sei in allen Fällen ein und derselbe. Überall gehe die Absicht des besitzenden Subjekts dahin, dass er das Besitzobjekt haben und behalten will. Dieser Wille gehe regelmässig auf immer, in den Fällen des sogenannten abgeleiteten Be-

[1]) Lind. Zeitschr. 6, S. 179. Zweifel gegen die Theorie v. abgel. Besitz, dar. Sav. S. 137. Meisch. S. 14.

[2]) Schmidt, commodatum und precarium, Leipz. 1841, S. 22, und: Über den Willen und die Grenzen der Tätigkeit des Bes., in Lind. Zeitsch., 20 IV, s. Meisch. S. 15.

[3]) Pand. S. 419 folgende. s. dar. Meisch. S. 16.

[4]) Recht des Besitzes und seine Grundlagen 1860 S. 99 ff.

sitzes aber nur auf so lange, als es der Zweck des Rechtsverhältnisses erfordere.

Dernburg[1]) definiert den Besitzwillen als die Absicht, eine Sache ausschliesslich für sich zu haben, und, in soweit die Intention des Besitzers über das bloss Momentane hinausgehe und sich auf die Zukunft richte, als die Absicht, die Sache zu behalten. Dass der Mieter, Depositar, Pächter u. s. w. die Absicht nicht habe, die Sache für sich zu haben und zu behalten, sei in historischen und sozialen Verhältnissen der Römer begründet.

Windscheid[2]) fasst den Besitzwillen als den Willen auf, die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen sich anzueignen. Pfandgläubiger, Prekarist und Sequester werde aus verschiedenen Gründen kraft positiver Rechtsbestimmung ein Besitzvorteil gewährt auch ohne ein dazu der Regel nach notwendiges Erfordernis. Jenes Erfordernis werde also als vorhanden angenommen (fingiert).

Nur eine einzige Schrift in dieser Periode hat sich von dem allgemeinen Strom in der Theorie über die Savignysche Unterscheidung zwischen juristischem Besitz und Detention nicht mit fortreissen lassen, d. i. Höpfners Abhandlung „die Besitzrechtsmittel im Besitzprozess des heutigen gemeinen und des kgl. sächs. Rechts". Höpfner geht auf die vor Savigny herrschende gemeinrechtliche Theorie zurück und verlangt Besitzschutz für alle Detentoren. Wie natürlich, konnte er gegen den Strom nicht ankämpfen und erregte nur Verwunderung mit seiner Anschauung[3]).

Aber nicht nur in den Besitzesmonographieen zeigt sich die Einwirkung Savignys, sondern fast auch in allen Pandekten-Lehrbüchern findet sich seine Lehre wieder[4]).

---

[1]) Pfandrecht II § 87, s. dar. Meisch. S. 17.

[2]) Pand. 1, S. 149, s. auch Meisch. S. 18.

[3]) 1841, s. dar. Meisch. S. 121.

[4]) vgl. Puchta, Pand. 1881. S. 144, 156. Vorles. § 125, vgl. die bei Randa „der Bes. nach öst. Recht 1876." Angef: Göschen, Pand. § 2, 1202, 1. Dworzak, Zeitschr. f. Rechtsg. 1847, 2, S. 137, Mackeldey, Lehrb. § 211, Zielonacki, Bes. S. 9, Arndts § 135,

Auch Bruns[1], der einen bedeutsamen Beitrag zur Geschichte des Besitzes geliefert hat, steht im wesentlichen auf diesem Standpunkt. „Das Natürliche und Ursprüngliche sei nach dem Vorgang von Paulus der Eigentumsbesitz mit dem Animus domini". Besitz ist ihm die volle physische Herrschaft über eine Sache, verbunden mit dem Willen, diese Herrschaft auch ganz vollständig für sich zu haben, so dass es nur noch der rechtlichen Anerkennung bedürfe, um den Besitz sogleich von selbst Eigentum sein zu lassen. Der abgeleitete Besitz sei etwas Anomales.

Diese Proben mögen genügen, um ein Zeitbild über die Meinungen zu gewinnen, die sich über den Besitzwillen gebildet haben. Als Abschluss dieser Periode betrachten wir das Werk Randas „der Besitz nach österreichischem Recht 1865", der aber auch in seinen späteren Auflagen denselben Standpunkt vertritt (1876). Dies Werk bedeutet einen nochmaligen Belebungsversuch des Animus domini nach so vielen vergeblichen Mühen der Schriftsteller, ihn zu begründen. Randas Ausführungen haben das vor den übrigen voraus, dass nach ihm die ganze Lehre eine einheitlichere Gestaltung gewinnt, da nach österreichischem Recht die Fälle des sogenannten abgeleiteten Besitzes wegfallen[2].

3. Neue kritische Beleuchtung der römischen Lehre (bis 1889).

§ 18.

Die Besitzliteratur nach der Zeit von 1876 macht den Eindruck, als ob die Juristen, erschöpft von den mannigfachen Erklärungsversuchen, sich an die Materie des Animus domini nicht mehr heranwagten, sondern die Lehre sich selbst überlassen wollten. Entweder verzichtet man mutlos

Baron Pand. § 112, u. die bei Dernburg Angef: Keller, Paud.-Vorl. § 118, Vangerow, 1, § 200 u. a., vgl. auch d. bei Ihering S. 24, 244 Angef.

[1]) Recht des Bes. u. s. w. 1848 S. 1 ff.

[2]) Randa, S. 11 ff.

auf eine Lösung des Problems überhaupt, oder übt sogar an den römischen Juristen Kritik, indem man ihnen Mangel an logischem Denken vorwirft. Einige Schriftsteller bringen ganz neue, der früheren Auffassung fremde Konstruktionen.

Der Beginn dieser Periode scheint u. E. in dem Werke Meischeiders[1]) zu liegen. Meischeider wagt sich gar nicht an die Lösung der Frage des Animus domini heran, sondern ist überzeugt, dass jeder Versuch misslingen muss. „Das Problem aber, eine rechtsdogmatische Erklärung dafür zu geben, dass der Eigentümer, der redliche Besitzer, der Dieb und Räuber, der Pfandgläubiger, der Prekarist, der Sequester und Emphyteuta den Animus possidendi und damit Besitz haben sollen, während beides dem Usufructuar, Pächter, Commodatar und dem Depositar abgesprochen wird, ist eben so unlösbar, wie das der Quadratur des Zirkels. Das Facit geht niemals rein auf."

Einen ganz eigenartigen Versuch unternimmt Seitz[2]); er wirft der ganzen gemeinrechtlichen Entwicklung mangelndes Verständnis vor und erklärt das 1000jährige Rätsel folgendermassen: „Die possessio ist im römischen Recht nachweisbar niemals heutiger Besitz, sondern ein wirkliches Eigentum, und zwar nicht bloss eine Eigentumsposition im Sinne Iherings, sondern ein geschichtlich leibhaftiges Eigentum." „Richtiger Weise besteht seit Justinian der Animus domini für die Possessio, nicht dagegen für das heutige Besitzrecht." Mit dieser plötzlichen Verwandlung des Besitzes in Eigentum fand Seitz aber wenig Anklang. Er vermochte die herrschende Theorie nicht zu stürzen.

Im Jahre 1880 trat Bekker mit seiner Schrift „das Recht des Besitzes bei den Römern"[3]) auf. Er tadelt nicht die Überlieferung, nicht die Unkenntnis, sondern sucht den Grund der streitigen und unerklärlichen Besitzlehre im

---

[1]) Meisch. Besitzschutz und Besitz 1876, S. 19.

[2]) Seitz, Antike und gegenwärtige Bedeutung der römischen Possessio, Grünhuts Zeitschr. S. 397.

[3]) Bekker 1880, S. 159ff.

Mangel der Energie des Denkens bei den römischen Juristen. „In der Besitzlehre herrscht die böseste Verwirrung, der die Römer je verfallen sind. In Unklarheit der Anschauung befangen, konnten die römischen Juristen für Lehre und Recht des Besitzes nicht mehr leisten, als sie in Wirklichkeit geleistet haben." Trotzdem er der Lehre vom Animus possidendi jeden Sinn abspricht, sucht er doch die Fälle zu erklären, indem er den innigsten Zusammenhang zwischen der alten Vindication und den Interdicta retinendae possessionis konstatiert.

Kindel[1]) will zwar zeigen, dass das Besitzrecht der Römer vollständig logisch durchgebildet ist, und dass die Zerfahrenheit der modernen Wissenschaft ihren Untergrund weniger in wirklichen Mängel als in dem mangelnden Verständnis findet; der Frage des Animus domini aber gegenüber verhält er sich ablehnend und geht darauf überhaupt nicht ein.

Auch Dernburg[2]) weicht jetzt von seiner ursprünglichen Auffassung ab; er erklärt jede logische und dialektische Behandlung für zwecklos und sieht den Unterschied von juristischem Besitz und Detentor allein in den wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen begründet; der sogenannte abgeleitete Besitz sei nichts Anormales. Die Römer verweigerten dem Mieter, Pächter u. s. w. den Besitzschutz, weil diese Personen durchschnittlich den niederen Klassen angehörten und das römische Recht durch das Interesse der reicheren Klassen vorzugsweise bestimmt gewesen sei. Der abgeleitete Besitz bilde eine gekünstelte, den Quellen fremde juristische Konstruktion.

Duncker[3]) gibt keinem der für den animus erfundenen Ausdrücke den Vorzug, verwendet nur die Bezeichnung animus domini als die herrschende und definiert den animus

[1]) Grundlagen des römisch. Besitzrechts 1883, Vorwort und S. 21.

[2]) Dernburg, Begriff und Entwicklung des jurist. Besitzes 1883, S. 66, auch Pand. S. 392.

[3]) Duncker, Besitzklagen und Besitz, 1884 S. 164.

als die Absicht, sich in dem tatsächlichen Herrschaftsverhältnis über eine Sache zu behaupten.

Auch Pininski[1]) in seinem grossen Besitzwerk schliesst sich dem Verzicht Meischeiders auf jegliche Erklärung und Begründung an: „Die zahlreichen Versuche, den Begriff „animus possidendi“ auf diese Weise zu bestimmen, dass unter denselben neben den Fällen des animus domini auch der Wille derjenigen Inhaber, welchen der sogenannte abgeleitete Besitz zusteht, zu bringen wäre, müssen als gänzlich gescheitert betrachtet werden.“

Scheurl[2]) will zwar Savignys Lehre gegenüber neuen Angriffen verteidigen und aufrecht erhalten, sagt aber über den Besitzwillen nichts weiter als: „Am eintachsten und richtigsten, wie mir scheint, lässt sich der Besitzwille, durch welchen sich der juristische Besitz von dem blos natürlichen unterscheidet, als der selbständige Besitzwille bezeichnen, welcher Ausdruck ziemlich entsprechend ist dem bei den römischen Juristen vorkommenden Ausdruck: Animus rem sibi habendi.

Stintzing[3]) erklärt das Festhalten an den Resultaten Savignys für eine prinzipienlose Verwirrung, indem man mit Begriffen operiert, welche man nicht begriffen hat. Der Animus domini ist ein Circulus vitiosus, der als unlöslich bezeichnet werden kann; den Willenszustand des Besitzers müsse man nicht in etwas Positivem, sondern im Negativen suchen. Der Besitz sei nicht als das Machtverhältnis über die Sache, sondern als Machtverhältnis über die Mitmenschen zu betrachten.

In scharfen Gegensatz zur herrschenden Lehre stellt sich auch Bahr[4]). Er hält die römische Besitzlehre für überwunden, da wesentliche Grundsätze des justinianischen Rechts bereits durchbrochen seien, und versucht eine neue

[1]) Tatbestand des Sachbesitzerwerbs 1885, S. 267.
[2]) Z. Lehre v. Besitzrecht 1886, S. 21.
[3]) Besitz 1889, S. 2, 41, 115, 149.
[4]) In Iherings Jahrbüchern 26, No. 5, 1888.

Regelung der Inhaberverhältnisse auf Grund des Satzes: Eigenmacht ist im geordneten Staate verboten.

Beim Durchlesen aller dieser Abhandlungen hat man das Gefühl, als ob der Verfasser sich sagte: „Auf die bestrittene Frage des Besitzwillen gehe ich nicht ein, darüber ist schon so viel geschrieben worden, dass nichts mehr zu sagen übrig bleibt. Eine Lösung ist unmöglich“[1].

4. Ihering, seine Anhänger und Gegner.

§ 19.

Den Unterschied des juristischen Besitzes von der Detention hatte man bisher immer in der Verschiedenheit des Besitzwillens gesucht. Da man aber keine befriedigende Lösung gefunden hatte, hatten die meisten auf eine logische und dialektische Behandlung der Frage verzichtet und sich damit begnügt, auf die Eigenart der römischen Wirtschaftsverhältnisse hinzuweisen. Dernburg[2] allein war in gewisser Hinsicht von dieser Subjektivitäts-Theorie, die das entscheidende Merkmal im Willen sieht, abgewichen und hatte auf folgendes hingewiesen: „In früherer Zeit bestimmte sich die Frage, ob Jemand besitze, nach der causa possessionis, d. h. dem Grund, welcher zum Erwerb der tatsächlichen Herrschaft führte. Später nahm man an, dass der Animus possidendi zum Besitzerwerb erforderlich sei. Man beurteilte aber den Besitzwillen nach wie vor nach der causa possessionis.“ Mit dieser beiläufigen Bemerkung war ein Weg gewiesen, der überhaupt die Lehre vom Animus domini zu vernichten imstande war.

Zur vollen Ausgestaltung hat diesen Gedanken jedoch erst Ihering gebracht, der als Bekämpfer des Animus domini mit seinem „Besitzwillen“ (1889) der staunenden Juristen-

[1]) Auch Kohler, Pfandrechtliche Forsch. 1887 S. 167 und Sohm, Festgabe für Thöl, Gesch. der Auflassung 1879. S. 107, bezeichnen den Ausdruck Animus domini als verfehlt.

[2]) Entw. u. s. w. S. 67.

welt eine neue Theorie verkündete, die der ganzen gemeinrechtlichen Entwickelung ihren Boden entzog und die Lehre vom Besitz auf ganz andere Füsse stellte. Der bis dahin herrschend gewesenen Subjektivitäts-Theorie stellte er seine Objektivitäts-Theorie gegenüber, die den massgebenden Unterschied von juristischem Besitz und Detention nicht in dem Willen, sondern in objektiven Merkmalen erblickt. Mit Ihering beginnt eine neue Epoche der Besitzlehre. Er und Savigny sind die beiden Geistes-Heroen auf diesem Gebiet. Wenn es früher hiess: „Für oder wider Savigny", so lautet die Losung jetzt: „Für oder wider Rudolf von Ihering". Mit scharfem Geschütz geht Ihering vor und sucht den Animus domini, den König, der sich unberechtigter Weise die Herrschaft im Gebiete des Besitzes angeeignet, zu entthronen. Mit beissendem Hohn und schlagendem Witz weist er die Haltlosigkeit der herrschenden Meinung historisch, processual, legislativ und dogmatisch nach. Da wir auf seine scharfsinnige Beweisführung schon hingedeutet haben und auch im dogmatischen Teil sie verwerten, beschränken wir uns darauf, das Resultat seiner Untersuchung festzustellen: „Ob juristischer Besitz oder Detention vorliegt, darüber entscheidet nicht die verschiedene Färbung des Willens. Wenn die beiden Voraussetzungen, die zur Annahme des Besitzverhältnisses überhaupt erforderlich sind, corpus und animus vorliegen, so entsteht stets Besitz, soweit nicht eine gesetzliche Bestimmung nachweisbar ist, welche mit derselben ausnahmsweise Detention verbindet. Nur um eine Ausnahme handelt es sich, wenn trotz Vorliegens der beiden zum Besitz erforderlichen Elemente das Gesetz Detention entstehen lässt." Mit dieser Lehre war die herrschende Meinung siegreich bekämpft. Wenn auch vielleicht die Durchführung der Objektivitäts-Theorie für das römische Recht als zu radikal betrachtet werden kann, so ist noch nicht damit die Subjektivitäts-Theorie bewiesen, die sich den logischen und praktischen Gründen gegenüber keinesfalls halten lässt[1]). Aber um die

[1]) Im wesentlichen richtige Beurteilung finden wir bei Wolff, der Begriff des Besitzes u. s. w. S. 11, 12.

Unrichtigkeit der herrschenden Lehre zu beweisen, musste Ihering mit scharfen Waffen unter Einsetzung seiner Persönlichkeit kämpfen und sich vollständig von der alten Lehre lossagen.

§ 20.

Man glaube aber nicht, dass von nun an die Lehre Savignys als beseitigt gelten kann. Sie war schon zu tief in der Theorie eingewurzelt, als dass sie durch diesen Schlag Iherings ohne weiteres fallen konnte. Ja, es entstanden sogar Verteidiger des alten Animus domini. Lange Zeit nach dem Erscheinen von Iherings Werk herrschte eine Stille in der Literatur, „gleich als ob der Schreck aller Civilisten Zungen gelähmt hätte." Der erste, der die Stille brach, war Kuntze mit seinem Werk „Für und wider Rudolf von Ihering." Er machte es sich zur Aufgabe, den Animus domini, den Ihering voll Spott und Hohn aus dem Tempel der Jurisprudenz hinausgewiesen hatte, wieder zu Ehren zu bringen. Diese Bemerkung im Vorwort kennzeichnet sofort den ganzen Inhalt der Schrift. Das „wider Ihering" nimmt entschieden die erste und hauptsächlichste Stelle ein, die Schrift gipfelt in einer Verherrlichung des Animus domini. „Die Besitz-Theorie hängt zwar nicht vom Animus domini ab, aber sie kann ihn sehr gut zur Illustration gebrauchen, und täte Unrecht, das Hilfsmittel zu verschmähen[1])."

Polemisch gegen Ihering geht auch Schuppe vor[2]); er meint, es sei kein Gegensatz: Animus und Rechtsregel. Vielmehr sei eben dies der Inhalt der Rechtsregel, dass sie für eine grosse Zahl bestimmter Fälle den subjektiven Animus der Kontrahenten zur Richtschnur mache.

Ein Verteidiger der Willens-Theorie ersteht ferner in Hirsch[3]); die Willens-Theorie weise allerdings, so wie sie

[1]) Kuntze, z. Besitzlehre 1890, S. 1—6, 13 ff. 32 ff.

[2]) Schuppe, Recht des Besitzes 1891, S. 82, 98, 110.

[3]) Hirsch, Prinzip. des Sachbesitzeserwerbs und -Verlusts, 1892, S. 539 ff. 683 ff.

bis jetzt aufgestellt und praktisch durchgeführt sei, unleugbar bedeutende Schwächen auf. Dies beruhe aber nicht auf dem Prinzip, sondern auf dem Umstand, dass man nicht die notwendigen Konsequenzen gezogen habe. „Nach der Willens-Theorie — richtig verstanden — gehört zum Besitz, dass der Wille des Subjekts sich auf die Sache in ihrer Totalität, das Objekt als Ganzes richte, so dass nur, wo eine derartige Willensrichtung zu konstatieren ist, Besitz vorhanden ist. Es liegt in der Natur der Sache und ist durch den Tatbestand gegeben, dass der Besitzwille seine Grenze durch das obligatorische Verhältnis erhält. Die Definition des Besitzwillens als Animus domini ist zwar in der Form und nach der Logik der Begriffe verfehlt, giebt aber den Inhalt des Animus possidendi im wesentlichen wieder."

Gegen Ihering äusserst sich auch Stintzing[1]); der Richter könne nicht erkennen, ob es Zweck des Staates ist, diese oder jene Detention zu schützen. Auf den Zweck der Vertragschliessenden zurückzugehen, sei aber falsch, da dann das zu Grunde liegende Geschäft geprüft werde. Der Besitzwille sei aber nicht Animus domini, sondern affectio tenendi.

Hähn[2]) sucht nachzuweisen, dass die Formeln Iherings auf falschen Unterlagen beruhen und kommt zu dem Schluss, dass es Ihering nicht gelungen ist, den Willen aus der Besitzlehre zu eliminieren.

Auch Kniep[3]) spricht sich gegen Ihering aus, obwohl er anerkennt, dass er Punkte hervorgekehrt hat, welche die bisherige gemeinrechtliche Anschauungsweise als durchaus umgestaltungsbedürftig erscheinen lassen. Der Besitzwille sei insofern zum Besitz erforderlich, als die Rechtsordnung dies bestimme. — Nur absprechend Ihering gegenüber verhält sich Karlowa[4]).

[1]) Stintzing, zur Besitzlehre 1892, S. 5, 22 ff.

[2]) Hans Hähn, Die herrschende und die Iheringsche Theorie des Besitzes. Diss. Erlangen 1896, S. 3 ff. S. 51 ff.

[3]) Kniep, der Besitz des Bürg. Gesetzbuchs gegenübergestellt dem röm. und gem. Recht 1900, S. 89.

[4]) Karlowa, röm. Rechtsgesch. II S. 332 ff., s. darüber Kniep, S. 90.

Vollständig auf die Seite Iherings dagegen tritt Baron[1]), der durch Nachprüfung des Beweismaterials dieselben Resultate wie Ihering erhält: der Unterschied zwischen juristischem Besitz und Detention beruht im römischen Recht nicht auf einer Verschiedenheit des Willens; das Wesen der römischen Detention beruht auf praktischen Motiven.

Auch Zoll[2]) erkennt die meisterhafte Kritik Iherings an und stimmt den Ausführungen bei, wenn er auch hervorhebt, dass Ihering in gewisser Hinsicht zu weit geht[3]).

Wenn auch für Ihering die causa das ausschlagebende Moment gewesen war, so hatte er doch nicht das Willensmoment ganz geleugnet. Da der Besitzwille aber — namentlich für die Unterscheidung von juristischem Besitz und Detention — keine erhebliche Rolle spielt, so ist er zu einer mehr theoretisch-philosophischen Funktion geworden. Jetzt standen aber auch Juristen auf, die die Annahme jedes Willensmoments für verwerflich erklärten, die zwar nicht für das römische Recht, aber vom allgemein praktisch-philosophischen Standpunkt aus und in Hinsicht auf das neu zu codificierende Recht einen Besitzbegriff vorschlugen, der jedes inneren Momentes entbehrte. Dies ist insofern bedeutungsvoll für unsererе Entwicklung, als mit der Aufstellung dieser Thesen wieder altgermanische Rechtsgedanken zutage traten, die erhebliche Einwirkungen auf das Recht des heutigen BGB ausgeübt haben. Wie diese Entwickelung in den Codifikationen allmählich fortschritt, soll später im Zusammenhang gewürdigt werden. Hätten wir, wie es chronologisch richtig wäre, die Codifikationen neben der gemeinrechtlichen Theorie behandelt, dann hätte deren einheitliche Darstellung unbedingt an Übersichtlichkeit verloren. Hier sei nur erwähnt, dass auch der Thorie nach dieser Richtung hin ein Fortschritt gebracht wurde[4]).

[1]) Zur Lehre vom Besitzwillen in Iherings Jahrb., 9, 20 S. 192. Noch einmal der Besitzwille in Iherings J. 30, 179.

[2]) Über Iherings Besitzwille in Grünhuts Zt. 17, S. 697.

[3]) S. auch Kniep, S. 90 über Ubelohde Forts. v. Glück V S. 487.

[4]) Vgl. die bei Kniep, S. 59 genannten: Kindel S. 212, Strohal, Succession in den Besitz S. 94, Hess, Abhandl. aus dem Geb. des

III. Der Besitz als Funktion des Eigentumerwerbs bei Ersitzung, Aneignung, Fruchterwerb.

§ 21.

Diese Frage ist eng verknüpft mit der, ob zum Besitzerwerb animus erforderlich sei oder nicht. Das gemeine Recht hatte natürlich im Anschluss an das römische Recht einen animus für erforderlich erklärt, doch waren sehr verschiedene Ansichten vertreten. Bestritten war namentlich, ob corpus und animus als zwei getrennte unabhängige Faktoren aufzufassen seien, oder ob sie zwei Seiten desselben Dinges darstellen[1]). Die Neuesten lehnen folgerichtig jeden animus für den Besitzerwerb ab. — Für die Frage der Stellvertretung ergeben sich erhebliche Schwierigkeiten, bei wem und wie der Animus zu denken sei[2]).

Auch Ersitzung, Aneignung und Fruchterwerb wird lebhaft erörtert. Für die Ersitzung verlangt man wie früher possessio. Doch verwertet man natürlich besonders hierfür die Lehre vom animus domini, die keine störenden Ausnahmen wie beim Interdiktenbesitz erleidet[3]).

In den Lehrbüchern werden nach Iherings grossem Werk meist beide Ansichten vorgetragen. Die älteren Pandektisten bleiben aber auf ihrer (oben erörterten) Meinung grösstenteils bestehen. Der Gegensatz tritt jedoch nicht mehr so scharf hervor, da die Codifikation des neuen Rechts die Aufmerktamkeit aller fesselt und die Frage des Besitzwillens jetzt hauptsächlich für das neue Gesetzbuch erörtert wird[4]).

Civilr. u. Strafr. S. 19, Hess „Besitzen heisst gesichert sein.“ Bekker in Iherings Jahr. 34 S. 28. Krainz, Syst. d. öst Privatr. I § 172, Burckhard, Syst. d. öst. Privatr. § 137.

[1]) Für erstere Auff. z. B. Savigny S. 205, f. letzt. Goldschmidt Arch. f. Bürg. R. 20 S. 223.

[2]) Vgl. Dernburg Pand., S. 408, Windscheid, S. 507. Zusammenstellung bei Wolff, Begriff des Besitzes u. s. w. S. 15, 16.

[3]) Vgl. Windscheid, Pand. § 175a § 184, § 186. Dernburg § 219, 220, 203, 205. Unterholzner, Verjährungsl. 1858, I S. 315.

[4]) Vgl. die bei Windscheid 1904 reichhaltig angeführte Literatur S. 658.

Die Praxis schwankt seit Savigny, ob sie dem Detentor Schutz gewähren soll, oder nicht[1]).

5. Abschnitt. Die Codifikationen.

I. Die Behandlung des Besitzwillens (animus domini) in den Codifikationen.

§ 22.

Bei den neueren Codifikationen lassen sich klar zwei Strömungen unterscheiden: die eine romanistische, verlangt unter Nachwirkung der Savignyschen Theorie unbedingt ein Willensmoment zum Besitz, grösstenteils den animus domini. Die andere Richtung folgt mehr deutsch-rechtlichen Anschauungen, sucht das Animusmoment einzuschränken oder ganz zu beseitigen. Aber auch die Codifikationen, die auf römischen Gedanken aufgebaut sind, zeigen das Bestreben, den Besitzschutz gegenüber den römischen Anschauungen des Justinianischen Rechts erheblich zu erweitern und so den Besitzbegriff neueren Verkehrsverhältnissen entsprechend umzugestalten. So wird auch bei ihnen teilweise die willenlose Innehabung geschützt. Schliesslich kommt es dabei nur auf einen Wortstreit hinaus: die romanistische Richtung nennt Besitz nur die Gewalt mit dem animus domini, schützt aber auch die übrigen Innehabungsverhältnisse. Die germanisch gestalteten Codifikationen nennen auch die willenlose Innehabung Besitz, gliedern aber einen qualifizierten Besitz als vollständigen Besitz (oder mit ähnlichem Namen) von dem Oberbegriff ab. Dieser qualifizierte Besitz wird dann als Mittel zum Eigentumserwerb verwandt.

Für unsere Frage bringen wenig die Gesetzbücher zur Zeit der Reception: so heisst es in der Wormser Reformation[2]): der Erbbestender (Emphyteuta) besitzt natürlich das bestandene Gut, aber der Conduktor besitzt nit.

[1]) Vgl. die bei Meischeider S. 122 angeführten Entscheidungen.
[2]) 5. Buch 2. Teil, 1. Abschn. 6. Zeile.

§ 23.

Eine rein römische Tendenz[1]) verfolgt das österreichische Gesetzbuch von 1811. Es fordert zum Besitz ausser Macht über die Sache oder Gewahrsam den Willen, die Sache als die seinige zu behandeln. Ist dieser nicht vorhanden, so ist man nur Inhaber der Sache (§ 309, 311). Die Innehabung ist ohne possessorischen Schutz; allein sobald man mit der Innehabung ein Recht auf die Sache im eigenen Namen ausübt, so hat man neben der Innehabung der Sache den Besitz dieses Rechts und insofern mittelbar von selbst auch Schutz der Inhabung.

In ähnlicher Weise bestimmt das sächsische Gesetzbuch 1866 im § 186: wer eine Sache tatsächlich in seiner Macht hat, ist Inhaber, und wenn er den Willen hat, an der Sache für sich Eigentum auszuüben, Besitzer derselben. Die Besitzklagen werden jedoch auch dem zuerkannt, der eine Sache zur Benützung oder zum Zweck der Sicherung inne hat. (§ 194, 208).

Auch der bayrische Entwurf III 1, Art. 1 verlangt den Willen, die Sache wie ein Eigentümer für sich zu haben. Er räumt aber im Art. 39 und 40 die Besitzklagen auch dem Faustpfandgläubiger, dem Finder und den Inhabern ein, denen die Sache zur Benutzung und zum Gebrauch überlassen wurde.

Der Entwurf des Civilgesetzbuches für das Grossherzogtum Hessen unterscheidet eigentlichen Besitz an einer Sache und uneigentlichen an Rechten. Bei Sachbesitz wird Innehabung und Besitz unterschieden, der letztere ist durchaus auf Innehabung mit dem Animus domini beschränkt, ohne Zulassung von Ausnahmefällen eines abgeleiteten Besitzes. Auf den eigentlichen Besitz ist der Schutz durch possessorische Klagen durchaus beschränkt, nur beim Niesbrauch findet vom Standpunkt des Servitutenbesitzes ein Schutz der Innehabung statt.

---

[1]) Vgl. für das Folgende bes. Stobbe-Lehmann, S. 222 ff., Randa S. 11.

§ 24.

Schon deutschrechtliche Anschauungen weist der Codex Maximilianeus Bavaricus auf. Dort heisst es: II, 5 § 1, 2: Besitz oder Innehabung ist der Zustand, da man eine Sache mit der Absicht, solche für sich zu haben (Animus sibi habendi) in seiner Gewalt oder Gewahrsam hat. Eine blosse Detention liegt vor, wenn die Absicht fehlt, sie für sich oder die Seinigen zu behalten[1]).

Eine vollständig selbständige und scharfsinnige Gestaltung des Besitzbegriffs hat sich das Allgemeine Landrecht gegeben. Auch hier zeigt sich, wie der deutschrechtliche den wirtschaftlichen Verhältnissen und der Praxis mehr entsprechende Gedanke zum Durchbruch kommt. Schon die Entwürfe geben interessierenden Aufschluss für die Entwickelung[2]). Nach den Kleinschen Materialien ist der Besitz voller oder bürgerlicher Besitz, wenn der Besitzer mit der Absicht, die Sache als Eigentümer zu haben, besitzt; natürlicher Besitz, wenn der Besitzer sie nicht als sein Eigentum besitzt. Beim natürlichen Besitz wird weiter unterschieden, ob man aus dem Besitz „für sich selbst einen Vorteil ziehen" oder nur für einen anderen besitzen will. Im letzteren Fall ist man blosser Inhaber, nudus detentor, im ersteren „natürlicher Besitzer für sich."

Kircheisen behielt in seinem Entwurf die 1. Unterscheidung bei, statt der 2. wollte er zwischen dinglichen und persönlichen Rechten unterscheiden. Suarez verwarf

[1]) Der Codex ist ein Beispiel dafür, dass das Bestreben dahin ging, die Besitzlehre nach deutschrechtlichen Gedanken zu gestalten; er zeigt aber gleichzeitig, dass man diese Gedanken unter römische Begriffe zu zwängen unternahm. So wird im Teil 2 Kap. 5 § 5 der Gegensatz von Civilis und naturalis possessio (Pfandschuldner, Nutzung Pachtung u. s. w.) festgehalten, trotzdem die Beisp., die für die beiden Besitzarten aufgezählt werden, aus dem Gegensatz von Gewere und Verwaltungsbesitz entspringen. Nach Kreitmayers Note soll aber der Unterschied im Animus domini liegen. Vgl. auch § 7.

[2]) Vgl. Mat. von Simon und von Strampff, S. 11f., 33f., 49f., 116f., 202f. Auerbach, S. 16.

dies und sagte: „Man hat der römischen Distinction inter nudum detentorem, possessio naturalis und possessio civilis, zu viel eingeräumt. Diese Distinction, so geläufig sie jedem Juristen ist, hat doch wirklich keinen Grund in der Natur der Sache. Diese kennt nur den Unterschied zwischen Inhaber und Besitzer; Besitzer sei der, der eine Sache inne hat; Inhaber der, welcher entweder gar nicht weiss, dass er die Sache hat, oder die Sache nur für einen andern besitzt. Der eigentliche Besitzer besitzt hinwieder entweder mit Animus domini oder nicht. Ersteres ist die possessio civilis, letzteres die possessio naturalis des römischen Rechts. — Dies wurde angenommen, nur dass man statt Civil- und Naturalbesitzt die von Klein vorgeschlagene Bezeichnung vollständiger und unvollständiger Besitz vorzog. — In den Monita wurde geltend gemacht, dass der unvollständige Besitzer eigentlich nur Besitzer des Rechts sei, aus dem er die Sache für sich detiniere, in Betreff der Sache selbst sei er ebenso nur Inhaber, wie ein Stellvertreter. Suarez berücksichtigte dieses in soweit, als er im § 9 die Bestimmung einschaltete: Der unvollständige Besitzer der Sache ist vollständiger Besitzer des Rechts, dessen er sich daran anmasst.

So ist nach ALR[1]) vollständiger Besitzer der, der die Sache als seine eigene besitzt; unvollständiger der, der die Sache, in der Absicht, hierüber für sich selbst zu verfügen, besitzt. Inhaber ist derjenige, der lediglich den tatsächlichen, nicht den gewollten oder bewussten Gewahrsam über die Sache hat. Ein blosser Inhaber ist auch derjenige, der die Sache nur in der Absicht, hierüber für einen anderen zu verfügen, in seinen Gewahrsam nimmt. Da der unvollständige Besitzer auch als Besitzer des Rechts gilt, können an einer Sache 2 Personen den Besitz haben, z. B. Vermieter und Mieter; ausserdem hat der Mieter noch Rechtsbesitz. Dem unvollständigen Besitzer wird Besitzschutz zuerkannt, während es in Bezug auf die blosse Innehabung beim römischen Recht verbleibt.

[1]) I, 7, § 1—9.

§ 25.

In vielen Codifikationen finden sich römische und deutsche Rechtsgedanken vermischt: Der Code civil 1807 bestimmt in Art. 2228: la possession est la detention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exercons par nous mêmes, ou par un autre, qui la tient ou qui l'exerce en notre. In Art. 1230 wird das posseder par autrui oder à titre précaire dem pour soi oder a titre de propriétaire gegenüber gestellt. In Art. 2236 werden als Beispiele für celui, qui detiennent precairement la chose du propiretaire angeführt: le fermier, le depositaire und l'usu-fructier. Da ausserdem der Besitz im Titel der Verjährung kurz beschrieben wird, nimmt man an, dass auch der Code civil den Animus domini für erforderlich halte[1]). Diese Annahme erscheint aber nicht als begründet, da sie weder dem Wortlaut noch den sonstigen Tendenzen des Code civil entspricht[2]).

Das badische Landrecht, das sich an den Code civil anschliesst, nimmt Besitz bei dem Vorsatz an, Verfügungen über die Sache im eigenen Namen und nach eigener Willkür zu machen. Art. 543 lautet: „Die Befugnisse, welche man auf Güter haben kann, sind entweder ein Eigentum oder ein blosser Genuss oder Grundgerechtigkeiten." Zu diesem Artikel, der eine Übersetzung des Code civil darstellt, ist folgender Zusatz gemacht: Die Art des Habens besteht teils in der blossen natürlichen Möglichkeit, die dahin zielende Verfügung über die Sache oder ihren Gebrauch wirksam zu treffen, und ist alsdann blosse Innehabung, teils zugleich in dem Vorsatze, diese Verfügung in eigenem Namen und nach eigener Willkür zu machen, das alsdann den Besitz ausmacht; teils endlich in einem mitverbundenen zureichenden Rechtsgrunde für diesen Vorsatz, welches die Innehabung zur wirklichen Berechtigung erhebt. — Nimmt man für den Code civil den Animus domini an, so ist er hier jedenfalls beseitigt.

[1]) vgl. Zachariae 3, Handb. f. franz. Civilrecht 1886, 1, S. 492.
[2]) vgl. Auerbach, S. 13.

Das Berner-Civil-Gesetzbuch sagt (§ 349): die physische Möglichkeit, über eine Sache zu verfügen, heisst Innehabung, nur wenn sie mit der Absicht verbunden ist, die Sache auf irgend eine Weise zu den Seinen zu zählen, Besitz.

Eine radikale Richtung verfolgt das Züricher Gesetzbuch § 489, 490. Es begnügt sich mit dem Willen, die Macht über die Sache in eigenem Interesse zu üben, und nimmt Besitz des Niesbrauchers, Faustpfandgläubigers, Pächters und Mieters an. Es findet sich sogar folgende Bestimmung: Der Besitz eines Grundstücks oder einer Wohnung zieht in der Regel den Besitz der beweglichen Sachen nach sich, welche in den Bereich des Grundstücks oder der Wohnung kommen, und um dessen Willen in die Macht des Besitzers dieser Liegenschaften geraten. — Hier kommt der oben dargestellte Rechtsgedanke von der Gewere an den auf Liegenschaften befindlichen Mobilien voll zum Durchbruch.

Noch radikaler ist Falck IV, S. 45, 47 in seinem Particularrecht[1]): Er nimmt Besitz bei jedem Innehaben von Sachen an, bei der einfachen faktischen Detention, ohne dass ein Animus possidendi in Betracht käme.

Ganz beseitigt wird das Willensmoment im Civilgesetzbuch des Kantons Solothurn von 1845, das sonst dem österreichischen Gesetzbuch folgt (854): Besitz einer Sache wird durch diejenige Handlung erworben, durch welche sie in die Gewalt oder in den Gewahrsam von jemand gelangt. Namentlich werden bewegliche Sachen durch Ergreifen und Verwahren, unbewegliche durch Bearbeitung und Benützung in Besitz genommen.

§ 26.

Der Vollständigkeit halber sei auch das spanische, italienische und englische Recht erwähnt, wenn die Gesetzbücher dieser Staaten auch keinen unmittelbaren Einfluss auf das heutige bürgerliche Recht gehabt haben. — Das italienische

---

[1]) vgl. Stobbe-Lehmann, S. 225.

Gesetzbuch von 1865 geht von römischen Anschauungen aus und verbindet in einer Definition Sachen- und Rechtsbesitz (Art. 685: Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto (Rechtsbenützung), che uno ha o per se stesso, o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui (697).

Der Código Civil Español unterscheidet Civil- und Naturalbesitz (Tit. 5 Kap. 1. Art. 430): Posesion natural es la tenencia de una cosa o al disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es misma tenencia ó disfrute unidos á la intención de haber la cosa ó derecho como suyos.

Das englische Recht[1]) lässt sich schwer mit dem römischen Recht vergleichen. Es kennt einen Besitz im Sinne des römischen Rechts und der kontinentalen Gesetzgebung nicht. An Mobilien ist nur Eigentum möglich. „Bei Immobilien hat sich ein eigentümlicher Rechtszustand „estate" (Besitzstand) herausgebildet, der mehrere Abstufungen vom Sachbesitz bis zum Erbgute umfasst . . und viel Aehnlichkeit mit der deutschen Gewere hat. Der Besitz an sich geniesst keinen gerichtlichen Schutz, diesen hat nur der seisin sogenanter titulierter Besitz, nämlich die Detention, welche sich zugleich auf irgend ein Verfügungs- und Benutzungsrecht auf die Sache stützt. Schutzmittel des seisin sind im wesentlich petitorischer Natur."

II. Bedeutung des Besitzes für Ersitzung, Aneignung, Fruchterwerb.

§ 27.

Aus der Zusammenstellung ergibt sich, wie verschiedenartig der Besitz aufgefasst und verwertet wurde. Überall aber drängt die Entwickelung dahin, nicht nur den Besitzschutz zu erweitern, sondern auch den Besitzbegriff auf die willenlose Innehabung auszudehnen.

[1]) für das engl. Recht vgl. Randa, S. 13.

Über Erwerb und Verlust des Besitzes ist wenig zu sagen. Dieser bestimmt sich darnach, ob ein Willensmoment für den Besitzbegriff erforderlich erachtet wird. — Eine Neuerung, die sich an das deutsche Recht anschliesst, bedeutet die Zulassung der Besitzvererbung im ALR I, 9 § 367, I 7, § 49, und im Code civil Art. 724. - Für den Eigentumserwerb durch Ersitzung lassen die romanistisch gestalteteten Gesetzbücher natürlich jeden Besitzer zu. Die anderen Gesetze heben zu dem Zweck, wie sich aus der Darstellung ergibt, einen qualifizierten Besitz aus dem allgemeinen Besitzbegriff hervor. So hat das ALR I, § 587, den vollständigen Besitz als Grundlage „der Verjährung durch Besitz“ aufgestellt. — Der Eigentumserwerb an Früchten ist teils nach deutschrechtlichen Gedanken geregelt; so vollzieht sich der Eigentumserwerb an Früchten für den Nutzungsberechtigten im ALR I 9, § 221, mit der Entstehung der Frucht; ein Unterschied zwischen Trennung und Besitzergreifung wird nicht gemacht (vgl. auch Sächsisches Gesetzbuch 244, 245.); teils[1]) behält man die römischen Unterscheidungen bei.

6. Abschnitt. Die Entwickelung des Besitzrechts im BGB.

§ 28.

Unter dem Einfluss der Savignyschen Doctrin wurde der 1. Entwurf des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches hergestellt; die Besitzlehre erhielt daher eine wesentlich romanistische Gestaltung. Man betrachtete eben, wie Gierke[2]) sagt, das römische Recht als Offenbarung einer ewigen Wahrheit. — Nach 797 E. wird der Besitz einer Sache erworben durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Innehabung) in Verbindung mit dem Willen des In-

[1]) vgl. Fr. Ref. V 8, § 11, öst. G. § 295, 420, 519. Code civil 520, 251, 585, bay. Ent. III 100, für Pr. vgl. Dernb. pr. Pr. 1884, I. S. 572.

[2]) der Entw. d. bürg. G. und das Deuts. R. 1889, S. 294.

habers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille)[1]). Dem Inhaber — selbständigen wie unselbständigen — wird jedoch Besitzschutz zugesprochen; und ist der Inhaber nicht zugleich der Besitzer, so stehen die für den Inhaber begründeten Rechte auch dem Besitzer zu (819, 820). So war also für den Besitz das Erfordernis des Animus domini aufgestellt, obwohl der Entwurf der neueren Rechtsentwicklung insofern folgt, als er den Besitzschutz auch dem Inhaber zuspricht. Die Bedeutung des Besitzes besteht daher hauptsächlich in seiner Funktion als Mittel zum Eigentumserwerb[2]).

Gegen diese Auffassung des Entwurfs erhob sich ein Sturm der Entrüstung, namentlich bei den Germanisten. Dieser richtet sich teils gegen die Terminologie. Man macht geltend, dass man im Verkehrsleben unter Besitz den Zustand verstehe, den der Entwurf Innehabung nenne. Deshalb sei es zu empfehlen[3]), den Namen Besitz auf alle Verhältnisse auszudehnen, welche im eigenen oder durch einen Stellvertreter geübten Gewahrsam bestehen, und soweit ein Unterschied nötig, den Besitz mit dem Eigentümerwillen als Eigenbesitz zu bezeichnen. Dieser könne dann als Tatbestandsmoment des Eigentumserwerbs gelten. — Teils aber gehen auch die Vorschläge dahin, das Besitzrecht solle nach anderen Normen gestaltet werden.

Abgesehen davon, dass man den Ausdruck „Tatsächliche Gewalt" tadelt, davon, dass man den Schutz der unselbständigen Inhabung für verfehlt hält, richten sich die Angriffe gegen das Willensmoment. Sehr viele bezeichnen es als überflüssig;

[1]) darunter wird nach den Mot. S. 80 folg. der Animus domini verstanden. vgl. Reatz, d. 2. Lesung des BGB, III 1894.

[2]) In den §§, wo jetzt Eigenbesitz steht, stand im I. Entw. Besitz. Vgl. § 735, 873, 881, 900, 903, 902, 1007, E.

[3]) vgl. gutachtl. Äuss. zum Entw. eines BGB S. 27, namentlich Cosack S. 8, 9, Dernb. Pand. I, 392, Bähr, zur Beurt. S. 96 f., g. A. S. 29 von Wendt, Arch. f. c. Pr. 74, S. 153 f., Jacobi, A. f. b. R. II, S. 52, G. A. S. 33 von Reatz, S. 770 ff., Ihering, S. 491 ff., G. A. S. 34—36. von Baron, Jahrb. f. Dogm. 1829. S. 192. Strohal S. 353 f. Planck, S. 394. Gierke, S. 294 f. u. a.

besonders tadelt man die völlige Verneinung der Fähigkeit zum Besitzerwerb in Bezug auf Kinder und Geisteskranke. Auch für die Einführung des Begriffes Eigenbesitz wird plaidiert[1]). Hierfür sind besonders die Ausführungen Strohals in Iherings Jahrbüchern bedeutsam. Strohal nennt Besitzer den, der zu eigenem Vorteil eine Sache inne hat. Er hält die Absonderung des Begriffs Eigenbesitz für unentbehrlich. Zur Ersitzung, Aneignung, sowie zum constitum possessorium müsse mehr als die tatsächliche Gewalt gefordert werden. Animus domini sei dazu nicht unbedingt notwendig. Im Gegenteil; die Lehre vom animus domini sei nach den Ausführungen Iherings unhaltbar, wie sich an Beispielen schlagend zeigen lasse[2]).

§ 29.

Die Bedenken, die die Gelehrten gegen den 1. Entwurf geltend gemacht haben, sind von der Kommission für den 2. Entwurf nicht unberücksichtigt geblieben. Dies zeigt die Umgestaltung des § 797 zum jetzigen § 854, die Einführung des Besitzdienerbegriffes, die Gegenüberstellung von mittelbarem und unmittelbarem Besitz. Auch die Einführung des Eigenbesitzes ist den Vorschlägen der Juristen zu verdanken. Nach den Protokollen[3]) ist über die Frage der Einführung des Eigenbesitzes zusammen verhandelt worden mit der Frage der Behandlung des heutigen mittelbaren Besitzes. So lagen gleichzeitig Anträge vor, die Eigenbesitz und heutigen mittelbaren Besitz regeln sollten. Aus den Protokollen geht hervor, dass die Antragsteller unter Eigenbesitz den Besitz verstanden, bei dem der Besitzer den Willen hat, die Sache für sich oder als die seinige zu haben und dass sie bei

---

[1]) Vgl. g-A. S. 33 f. v. Reatz, Bähr, Ihering, Gierke, Bekker, Wendt, Strohal.

[2]) Vgl. Strohal, zum Besitzr. des Entw. eines BGB für das Deutsche Reich 1890 in Iherings Jahrb. 29, S. 336, uud 30, 1. Ihering, Besitzwille S. 476.

[3]) vgl. Prot. von Achilles u. s. w. III 202, III 179.

dieser Formulierung den Animus domini im Auge hatten. Die Frage des Eigenbesitzes trat zunächst in den Hintergrund, da zuerst über den jetzigen § 867 beschlossen wurde: gegen und für die besondere Regelung des Eigenbesitzes wurden dann verschiedene Meinungen laut. Schliesslich drang die Ansicht durch, dass der Begriff Eigenbesitz nicht zu entbehren sei. Es sei praktisch zweckmässiger und systematisch richtiger, eine Definition des Eigenbesitzes selbst in den Abschnitt über den Besitz aufzunehmen, als die Definition — wie die Minderheit forderte — an den verschiedenen Stellen, bei welchen Eigenbesitz in Frage käme, einzureihen. Die Vorschrift lasse sich folgendermassen fassen: „Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer.“ Daraus gehe hervor, dass der Eigenbesitz verloren gehe, wenn der Besitzer den Besitz verliere oder den Willen aufgebe, die Sache als die seinige zu haben. Im übrigen überliess man es der Redaktionskommission, in welcher Art und an welcher Stelle die Bestimmung aufzunehmen sei. Darauf wurden die erstgestellten auf den Eigenbesitz bezüglichen Anträge teils zurückgezogen, teils abgelehnt, „weil sie im Wesen selbstverständlich seien“.

Der 2. Entwurf wurde mit unbedeutenden Änderungen in der Besitzlehre Gesetz.

2. Hauptteil. Das Recht des BGB.

I. Abschnitt. Bedeutung der geschichtlichen Entwicklung.

§ 30.

Die Rechtsgeschichte spricht gegen die Annahme des Animus domini als Erfordernis für den heutigen Eigenbesitz in deutlicher Sprache. Man betrachte zuerst die gemeinrechtliche Theorie:

Mehr interessant als erquicklich war es, die Entwicklungsstadien des Animus im gemeinen Recht zu verfolgen. Man vergegenwärtige sich noch einmal all die Irrungen und Missverständnisse, die diese Lehre hervorgerufen hat. Kein

Autor — kann man sagen — kommt zu einem befriedigenden Resultat. Erst die Aufklärung, die Ihering gibt, wirkt wie eine Erlösung von einem alten Zauberbanne. Sollte man diese Befreiung nicht jubelnd begrüssen oder unter der Herrschaft des neuen Rechts wieder in die alte Gefangenschaft zurückkehren?

Zweitens vergleiche man die einzelnen Codificationen. Hier drängt die Entwickelung dahin, das Willensmoment zu beseitigen und das Besitzrecht den deutschrechtlichen Anschauungen gemäss zu gestalten, die vielmehr den Verkehrsverhältnissen der Neuzeit entsprechen[1]); es wäre ein Mangel unseres Gesetzbuches, hätte es diesem Drängen nicht nachgegeben. Wenn auch der 1. Entwurf noch im Banne der Pandektendoctrin stand, so sah sich doch die Kommission für den 2. Entwurf — dank dem Ansturm der Germanisten — genötigt, der unaufhaltsam vorwärtsstrebenden Entwickelung zu folgen. Gerade in der Besitzlehre zeigt sich der Gegensatz des 1. und 2. Entwurfes, der Unterschied zwischen romanistischer und germanistischer Gestaltung.

Die Gegner werden sofort erwidern: „Nein, die ganze Besitzlehre des BGB lässt sich auf römische Rechtseinrichtungen zurückführen. Das römische Recht kennt nur einen wahren Besitz, die possessio, d. h. den durch Interdikte geschützten Besitz; einen höheren Grad gibt es nicht. Im BGB wollte man in berechtigter Anerkennung der neuzeitlichen Verkehrsverhältnisse den Besitzschutz auch dem Pächter, Mieter u. s. w. gewähren; daher beseitigte man das Animus-Moment und behielt nur das Moment „tatsächliche Gewalt“ bei, das eine Übersetzung des römischen Corpus darstellt. So ist zwar der Besitzschutz auf die römischen Detentoren ausgedehnt worden, aber die Ersitzung u. s. w. wollte man ihnen nicht gewähren. Hier hielt man an dem alten Begriff des juristischen Besitzes fest und nannte ihn im heutigen Gesetzbuch Eigenbesitz. Dass hierzu Animus domini erforderlich ist, erscheint zweifellos.

[1]) vgl. Dernburg, Entw. u. s. w. S. 69.

Denn jetzt fallen die Schwierigkeiten der gemeinrechtlichen Theorie weg, die Lehre vom Animus domini erleidet keine störenden Ausnahmen. — Auch das ALR. dessen Besitzlehre dem Recht des BGB sehr ähnelt, verlangt zum vollständigen Besitz den Animus domini".

Man kann nicht leugnen, dass diese Folgerungen sehr klar und bestechend sind, wenn wir unser Recht allein auf römischem aufbauen. Da aber deutschrechtliche Gedanken in der Besitzlehre durchgedrungen sind, sind die Institutionen des BGB zunächst nach ihrem deutschrechtlichen Gehalt zu prüfen. Das römische Recht kommt als Auslegungsmittel erst in 2. Linie in Betracht. Die Definition des Besitzes geht zwar vom römischen Recht aus [1]): denn der Ausdruck, „tatsächliche Gewalt" ist die Übersetzung des römischen Corpus; dadurch aber, dass das Willenserfordernis beseitigt ist, ist das Institut sehr der mittelalterlichen Gewere genähert. [2]) „Der § 855 erinnert daran, dass der Verwalter des Guts der Gewere darbte und nur die auf selbständige Rechtsausübung gerichtete Sachherrschaft Gewere begründete. Wie an einer Sache mehrfache Gewere bestehen konnte, so ist nach § 865 mehrfacher Besitz zulässig. Mit der Unterscheidung der lediglichen Gewere von der durch ihren Inhaber vermittelten Gewere eines Oberherrn berührt sich der Satz des BGB, der neben dem unmittelbaren Besitz einen mittelbaren Besitz anerkennt. Auch dass sich über dem mittelbaren Besitz in wiederholter Stufenfolge ein entfernt

[1]) vgl. Prot. S. 29. Nach Windscheid Pand. 1, 688 ist corpus die Möglichkeit, nach Belieben auf die Sache einzuwirken. Nach Sav. S. 2, die Möglichkeit, jede fremde Einwirkung auf sie auszuschliessen, nach Plank und Biermann zu § 854 ist die tatsächliche Gewalt ein Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewusstsein als tatsächliche Herrschaft erscheint; sich anschliessend: Thoma, die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des BGB, Freiburg Diss. 1900, S. 11, Gierke, dtsch. Privatr. II, S. 212: „Herrschaftsverhältnis". Burghoff, Besitzwille, Diss. Greifswald 1900, S. 32, spricht von Herrschaftsmerkmal.

[2]) Wir geben einige Gedanken Gierkes, S. 7 wieder. Jetzt auch: Dtsch. Pr. II, S. 218.

mittelbarer Besitz erheben kann, stimmt mit dem alten deutschen Recht überein. Was für den römischen Besitz unmöglich war, die Vererblichkeit, ist für das BGB klar und unzweideutig in § 857 erklärt.“ So sollte allein der Eigenbesitz eine römisch-rechtliche Reminiscens bedeuten? Nein, es ist erfreulich, auch hierfür eine Erklärung ohne alle Schwierigkeit im alten deutschen Recht zu finden: Der Eigenbesitz des heutigen Rechts entspricht der egenliken Gewere des Mittelalters[1]). Da für diese, wie oben nachgewiesen, ein Willensmoment nicht erforderlich ist, muss es auch heute als entbehrlich gelten, wenn dies nicht etwa dem Geist des Rechtes der Neuzeit widerspricht. — Dass etwa der Eigenbesitz dem vollständigen Besitz des ALR nachgebildet ist, lässt sich nicht nachweisen. Die Kommission hat kein Gesetzbuch den Beratungen zu Grunde gelegt.

§ 31.

Trotz aller dieser Argumente sprechen gegen uns die Protokolle des 2. Entwurfs und die Denkschrift zum BGB[2]). Wir können uns allerdings auf Strohal berufen, der in seinem Gegenentwurf unter Eigenbesitz einen Besitz ohne Animus domini verstanden hatte. Aus den Protokollen geht aber hervor, dass man in diesem Punkte ihm nicht hat folgen wollen. Man bezeichnet als Eigenbesitzer den, der den Willen hat, die Sache als eigene zu haben. Zum mindesten verlangten also die Antragsteller den Animus domini. Wir verzichten darauf, festzustellen, ob etwa die übrigen Mitglieder der Kommission anderer Meinung gewesen sind. Da die ersten Anträge „teils zurückgezogen, teils abgelehnt wurden,“ könnte man annehmen, dass auch die Mitglieder der Kommission teils den Animus domini für erforderlich hielten, teils nicht.

---

[1]) Vollständig durchgeführt hat den Vergl. des heutigen Eigenbesitzes mit der Gewere: Auerbach; ob der Vergl. für all die Fälle passt, in denen Auerbach ihn anzustellen versucht, lassen wir dahingestellt sein.

[2]) vgl. Prot. a. a. O. Denkschrift S. 115.

Man kann auch die verschiedensten Vermutungen darüber aufstellen, was die Mitglieder der Kommission sich gedacht haben, als sie den neuen § aufstellten, in dem statt „Wille, die Sache als seine eigene zu haben" gesetzt wurde, „als ihm gehörend". Ob sie an der alten Anschauung festgehalten haben und nur einen einfacheren Wortlaut wählen wollten? Ob sie die alte Definition durch diese neue beseitigen wollten? Ob sie die Frage der Wissenschaft überlassen wollten? Dies käme dann auf ein Rechenexempel hinaus, zu dem man auch noch die Stimmen derjenigen hinzuziehen könnte, die sich zum 1. Entwurf gutachtlich geäussert haben. Durch Addieren und Dividieren der verschiedenen Meinungen würden wir dann vielleicht ein uns günstiges Resultat erhalten. Trotzdem könnten wir dieses Resultat für die Auslegung des Gesetzes nicht verwerten. Wir können nicht aus einem zufälligen redaktionellen Ausdruck der Protokolle das Recht für die Praxis schaffen; aus den Bemerkungen einzelner können wir nicht ersehen, was die Gesamtheit sich gedacht hat. Und selbst wenn wir dies durch Zusammenstellung der Meinungen genau festgestellt hätten, so wäre jenes Ergebnis doch nicht als massgebend anzusehen, wenn es dem Rechtsbewusstsein und der praktischen Anwendbarkeit des Rechts widerspricht. — Mögen unsere Gegner ihre Schlüsse aus den Protokollen ziehen — wir geben zu, dass, wenn man auf die Protokolle Wert legt, die gegnerische Ansicht richtig ist. — Wird den Protokollen und der Denkschrift Gesetzeswert beigelegt, dann erklären wir uns für besiegt. Dass diesen Vorarbeiten aber eine solche vernichtende Kraft inne wohnt, bestreiten wir auf das entschiedendste. — Ein Einwand aber sei gestattet: hätte man an dem Erfordernis des Animus domini festgehalten, so hätte die ganze Bedeutung des 2. Entwurfs für die Besitzlehre fast allein in der Umwandelung des Ausdrucks bestanden; für Besitz wäre Eigenbesitz, für Inhabung (mit Ausnahme des Besitzdieners) Besitz gesetzt worden. Dass nur eine solche formelle Umgestaltung bezweckt worden ist, kann man keines Falls annehmen[1]).

[1]) Die Zwecklosigkeit dieser Operat. erkennen auch schon die Mot. S. 87 an.

2. Abschnitt. Erörtung der Streitfrage ohne Rücksicht auf die Entwicklung: Animus domni ist nicht erforderlich. Beweis:

§ 32.

Aus der Stellungnahme der Denkschrift und der Protokolle erklärt sich, dass die herrschende Meinung jetzt unter Eigenbesitz den Besitz mit dem Animus domini versteht[1]). Sogar Strohal, der vor Einführung des BGB für Eigenbesitz ohne Animus domini plaidiert hatte, steht jetzt auf entgegengesetztem Standpunkt; wir bewerten aber die Meinungen der Komissionsmitglieder nicht anders, als die der übrigen Juristen, und lassen uns nur durch Gegengründe, nicht durch Hinweis auf die Protokolle überzeugen.

Einig sind sich die Schriftsteller darüber, dass zum Eigenbesitz die opinio dominii nicht erforderlich sei; desgleichen ist guter Glaube dem Eigenbesitz nicht charakteristisch, wie sich aus § 937 Abs. 2 ergibt. — Ehe wir in die Erörterung eintreten, heben wir noch ausdrücklich hervor, dass wir nicht etwa behaupten, der Animus domini könne gar nicht existieren. Wir erkennen an, dass er in den meisten Fällen, in denen Eigenbesitz anzunehmen ist, vorhanden sein wird. Nur behaupten wir, dass es auch Fälle gibt, in denen Eigenbesitz ohne Animus domini bestehen kann. Für den Begriff ist er keineswegs erforderlich[2]).

---

[1]) So: Plank, Kommentar zum BGB 1904, §872, Biermann, Sachenrecht 1903, 872. Endemann, Einführung ins BGB 1900, II § 29, 30. Eck-Leonh. Vortr., zu 872, Staudinger-Cober, Kommentar 872, Meissner, zu 872. Matthias, BR § 2, H. Neumann, 872, Kuhlenbeck 872, Manigk, Anw. für Vorschr. für Rechtsgeschäfte S. 108, Vorauss. des Eigenbesitzes, im Arch. f. BR 25,3 Gierke, Fahrnisbesitz S. 4. Engelmann BR 1903, § 166, Landsberg BR 872, Kniep 1900, S. 17, Bartels bei Gruchot 42, S. 647 Strohal in Iherings Jahrb. 38, S. 13. Wolff, der Begriff des Besitzes u. s. w. verlangt animus rem sibi habendi. a. M. Fischer bei F. H., 872, Dernburg, Sachr. 1904 § 12, Auerbach in Rostoker Studien 3,3. Thoma, Besitzwille S. 74.

[2]) Dass innerhalb der Subjektivitätstheorie versch. Ansichten über die Bedeutung des Animus domini bestehen, sei hier erwähnt. Planck zu 872 im Gegensatz zu Manigk S. 129, vgl. Biermann und Staudinger zu 872.

I. Auslegung des § 872.

1) Wörtlich.

§ 33.

Aus der Fassung des § 872 können die Gegner die Richtigkeit ihrer Ansicht nicht herleiten. Im Gegenteil: aus dem Ausdruck „ihm gehörend" geht nicht im geringsten hervor, dass ein bestimmter Animus erforderlich sein müsse. Wollte das Gesetz einen solchen Willen verlangen, so hätte es dies ausdrücklich sagen müssen[1]).

2) Systematisch.

§ 34.

Auch aus dem System der Besitzlehre geht hervor, dass der Animus domini ein Charakteristikum des Eigenbesitzes nicht sein kann. Die ganze Besitzlehre bestimmt sich nach objektiven, nicht wie im gemeinen Recht, nach subjektiven Merkmalen: Der Besitz wird durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben; einige wollen aus dem Wort „erlangen" einen Animus herauslesen[2]), andere halten tatsächliche Gewalt für unmöglich, wenn der Wille fehlt[3]). U. E. geht aber aus § 854 unzweifelhaft hervor, dass ein Willensmoment zum Besitzerwerb kein notwendiges Erfordernis ist[4]) Unter dem Ausdruck „tatsächliche Gewalt" können nur objektive Merkmale verstanden werden.

[1]) Vgl. dagegen Entw. § 797; ders. Ans. Auerbach S. 16.

[2]) Bekker, Recht des Besitzes in Iher. Jahrb. 34, 33. Gierke S. 4.

[3]) Endemann S. 153, Cosack II. S. 69. Bunsen, Besitzschutz im BGB i. Arch. f. bürgerliches Recht, 23, S. 86. Frank, Dissertation a. a. O. verlangt „natürlichen Willen". Richtig: Bartels, S. 546' vgl. Affolter Arch. f. B. R. 17. 2.

[4]) So z. B. auch Wolff, Der Begriff des Besitzes usw. S. 19, der allerdings den Besitzwillen nicht absolut negiert wissen will. — Richtig auch: Burghoff, Besitzwille, Diss. Greifswald. 1900, S. 19. Thoma, Besitzwille S. 20. ff. Fr. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, 1899 S. 69, Eltzbacher, die Handlungsfähigkeit nach deutsch. bürg. R., 1903, S. 211 ff. Nach Gierke, dtsch. Pr., III. S. 228 ist der Animus im BGB gestrichen. Keineswegs sei aber damit das Willenserfordernis überhaupt beseitigt.

Denn es sollen auch Fälle berücksichtigt werden, in denen eine Sache in den äusseren Machtbereich einer Person gelangt ist, unter welchen ein Erwerbswille nicht angenommen werden kann. Insbesondere soll auch willensunfähigen Personen der Besitzerwerb nicht verschlossen sein [1]).

Jedenfalls ist festzustellen, ohne dass wir auf die Streitfrage näher eingehen, dass im Gegensatz zum ersten Entwurf kein rechtsgeschäftlicher Wille verlangt wird [2]). — Es widerspräche dem System der Besitzlehre, wollte man, während die Besitzlehre sich im allgemeinen nach objektiven Merkmalen bestimmt, für eine besondere Besitzesart — das ist der Eigenbesitz — ein Willenserfordernis aufstellen.

Aus dem System des ganzen Gesetzbuches wollen hingegen die Gegner die Richtigkeit ihrer Ansicht herleiten [3]). Die Beantwortung unserer Frage hängt nämlich eng zusammen mit der für das gemeine Recht wie für das BGB viel umstrittenen Frage, ob für die Willenserklärung die Willens- oder die Erklärungs-Theorie gelten solle.

Die Willenstheorie bei Rechtsgeschäften und die Theorie vom Animus domini legt das ausschlaggebende Gewicht auf das innere Moment, den dem Handelnden innewohnenden Willen. Danach soll Rechtsgeschäft wie Eigenbesitz bestimmt werden. Die Erklärungstheorie und unsere objektive Theorie beruft sich in 1. Linie auf die Erklärung, den objektiven Tatbestand. Es genügt, wenn dieser der vom Gesetz geforderte ist; ein weiteres inneres Moment ist nicht von nöten und ohne Bedeutung. — Die Frage kann hier in ihren Einzelheiten nicht erörtert werden. So viel ist nur zu sagen: Aus diesem allgemeinen Gesichtspunkt heraus kann ein bindender Schluss nicht gezogen werden. Und dies um so mehr, da das BGB weder grundsätzlich der einen noch der andern Theorie gefolgt ist. Vielmehr hat das Gesetzbuch ohne Rücksicht auf die Theorieen allein nach

---

[1]) Vgl. Denkschr. S. 109.

[2]) So auch Burghoff, Besitzwille S. 35. Thoma, Besitzwille S. 28.

[3]) Manigk, im Arch. für B. R. 25, 3.

Zweckmässigkeitsrücksichten handelnd seine Sätze aufgestellt. Daher ist auch die Frage des Eigenbesitzes aus ihrem eigenen Geist zu beantworten.

Noch weiter gehend stellt Manigk[1]) einen Vergleich mit dem Strafrecht an. Er stellt den Animus domini dem dolus des Deliquenten gleich. Ebenso wie im Strafrecht die inneren Tatsachen berücksichtigt würden, dürfte man auch im Zivilrecht nicht allein nach objektiven Merkmalen entscheiden. Sonst könne man auch die strafbare Handlung auf den äusseren Anschein abstempeln. — Ein Vergleich mit dem Strafrecht ist immer bedenklich, zumal wenn er sich auf so schwankendem Boden wie in diesem Fall bewegt. Das Strafrecht ist ganz anders aufgebaut wie das Zivilrecht. Hier und dort können innere Tatsachen massgebend sein oder auch nicht. Ein allgemeiner Satz „innere Tatsachen entscheiden" kann nicht aufgestellt werden. — Wenn es im Strafrecht heisst: Nimmt A eine fremde bewegliche Sache in der Absicht, sie sich rechtswidrig zuzueignen, einem anderen weg, ... so wird er wegen Diebstahls bestraft — so ist damit noch nicht gesagt, dass A. die Absicht der Zueignung haben muss, damit er als Eigenbesitzer anzusehen ist. Warum soll nicht die Tatsache der Aneignung allein genügen, um ihn zum Eigenbesitzer zu machen[2])?

3) Logisch.

§ 35.

Doch wir wollen unsere Gegner zu Wort kommen lassen, die sofort unsere Behauptung durch einen scheinbar schlagenden Beweis werden zu widerlegen suchen: „Welcher Unterschied besteht denn zwischen Besitz und Eigenbesitz, wenn er nicht im Animus domini liegt?"

Wir antworten mit einem Beispiel: „A. mietet von B. ein Pferd. A. ist Besitzer aber nicht Eigenbesitzer". — „Ja", werden die Gegner sagen, „das ist richtig, wenn du mittel-

[1]) Vorauss. u. s. w. S. 322.

[2]) Auerbach S. 32, Manigk, Anw. S. 126.

baren und unmittelbaren Besitz annimmst; aber das Verhältnis von A. und B. ist ja schon im § 868 geregelt. Nach deiner Ansicht müssen aber mittelbarer Besitz und Eigenbesitz, unmittelbarer und Fremdbesitz notwendig zusammen fallen. Wozu bedarf es da einer Definition des Eigenbesitzes, da dieser schon in dem im § 868 geregelten mittelbaren Besitz aufgeht? Der §. 872 ist dann unnötig; denn das Gesetz hätte jedem Besitzer (bei einem Verhältnis von 868 nur dem mittelbaren) die Funktionen zukommen lassen können, die der heutige Eigenbesitzer hat. Vielmehr muss für § 872 ein ganz besonderes Erfordernis aufgestellt werden, und dies kann nur der Animus domini sein". —

Wir antworten: „Meistens wird allerdings mittelbarer Besitz und Eigenbesitz zusammenfallen, aber nicht immer". Anerkannt ist, dass auch ein entfernt mittelbarer Besitz möglich ist[1]). A ist Eigentümer einer Sache, B. Niesbraucher, C. Pächter des Niesbrauchers. Man braucht gar nicht den Willen zu beachten, um sofort zu erklären: B. ist keinesfalls Eigenbesitzer. Aber abgesehen davon gibt es sehr viele Besitztatbestände, die nicht im § 868 unterzubringen sind. Wie gestaltet sich — um ein Beispiel herauszugreifen — das Besitzverhältnis des Verlierers und Finders, das sicherlich[2]) nicht unter 868 fällt? — Eigenbesitz und mittelbarer Besitz, Fremdbesitz und unmittelbarer Besitz fallen daher, auch wenn man den Animus domini nicht für entscheidend erklärt, nicht immer zusammen. Daraus ziehen wir den Schluss: 1. Es ist nicht notwendig, für den Eigenbesitz das Erfordernis des Animus domini aufzustellen, um ihn vom Besitz zu unterscheiden. 2. Es ist unrichtig, animus domini anzunehmen. Denn Eigen- und Fremdbesitz, mittel- und unmittelbarer Besitz sind als ganz verschiedenartige Einteilungen desselben Begriffes anzusehen, ähnlich, wie man ein Brett lang und quer teilen kann. Ebenso aber wie für die Sonderung nach § 868 allein objektive Merkmale ent-

[1]) Vgl. z. B. Gierke S. 7.

[2]) Vgl. unten. S. 98.

scheiden, müssen für die Teilung nach 872 auch nur objektive Unterscheidungsmerkmale massgebend sein.

Noch ein anderer logischer Schluss spricht entschieden gegen die Annahme des Animus: Die Aufstellung des Erfordernisses des Animus domini bringt es mit sich, dass Kinder und Geisteskranke, da sie geschäftsunfähig, Eigenbesitz (originär)[1] nicht erwerben können. Schon das römische Recht machte für Kinder und Geisteskranke Ausnahmen bezüglich der Besitzfähigkeit und liess in Parallelisierung von Besitz und Eigentum die Eigentumsfähigen auch besitzfähig sein. Jetzt können Kinder nach § 854 Besitz originär durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erwerben. Eigenbesitz dagegen an einer Sache zu haben, müsste ihnen versagt sein, wenn der Animus domini erforderlich wäre. Es erscheint widersinnig, wenn Kinder an einer Sache Eigentum sowohl, als Besitz sollen haben können, es aber unmöglich für sie sein sollte, Eigenbesitzer derselben Sache zu sein; wenn man Besitz, Eigenbesitz und Eigentum in eine Reihe stellt, so steht Eigenbesitz in der Mitte und bildet gewissermassen den Uebergang vom Besitz zum Eigentum. Widerspräche es da nicht jeder logischen Denkweise, gerade den Eigenbesitz Geschäftsunfähigen zu verschliessen[2]?

II. Zweck des Eigenbesitzes.

§ 36.

Welch bedeutende Rolle der Zweck im Recht spielt, darauf hat Ihering[3] in scharfsinniger Weise hingewiesen. Der Zweck des Eigenbesitzes besteht in der Hauptsache darin, den Eigentumserwerb bei Ersitzung, Aneignung und

[1] Derivativer Erwerb ist natürlich ausgeschlossen, vgl. § 854 Abs. 2, und dazu Fischer Anm. 8 bei Fischer-Henle; auch Burghoff, Besitzwille S. 51.

[2] Schon die gutachtlichen Äusserungen S. 48 fordern, dass Geschäftsunfähige zum Besitzerwerb zugelassen würden; das bedeutete im Sinne des heutigen BGB, dass sie zum Erwerb des Eigenbesitzes fähig wären.

[3] S. 539.

Fruchterwerb zu vermitteln[1]). An Stelle der verschiedenartigen Einteilungen des Besitzes im römischen Recht hat das BGB hier überall den Eigenbesitz gesetzt[2]). In 2. Linie ist er als Legitimationsfaktor von Bedeutung und zeigt hier den Charakter der deutschen Gewere, deren Inhaber zur Vertretung des Gutes berechtigt und verpflichtet war[3]). Im wesentlichen gewährt der Eigenbesitz Vorteile, von geringerer Bedeutung sind die Nachteile, die er mit sich bringt. Für die Vorschriften des Abschnitts „Besitz" ist er also ohne Bedeutung; diese zeigt sich erst in den §§ 836, 837, 900, 927, 937, 955, 958, 988, 1120, 1127 und dem § 147 und § 164 des Zwangsversteigerungsgesetzes.

Bei Aufstellung des Erfordernisses des Animus domini können Geschäftsunfähige Eigenbesitz nicht erwerben. Ihnen müssten also all die Vorteile — denn darin bestehen hauptsächlich die Wirkungen des Eigenbesitzes — verschlossen sein, die der Eigenbesitz gewährt. Dass dies im Sinne des Gesetzes liegt, ist kaum anzunehmen, und zeigt auch eine Betrachtung der einzelnen Tatbestände:

Wenn man den willensunfähigen Personen Besitzschutz gewährt, warum sollen sie nicht ersitzen können? Ist das Bedürfnis nicht hier eben so gross, oder spricht ein logischer oder praktischer Grund gegen die Annahme? Das einzige Bedenken liegt im § 937 Abs. 2; dieser scheint anzudeuten, dass zur Ersitzung guter Glaube erforderlich sei. So zählen auch die meisten den guten Glauben als Voraussetzung der Ersitzung auf. Stellt man den guten Glauben als Erfordernis für Ersitzung aus, dann können Willensunfähige natürlich nicht ersitzen. Das Gesetz bestimmt jedoch, dass die Ersitzung „ausgeschlossen" ist, wenn der Erwerber nicht in gutem Glauben ist. Danach ist also guter Glaube nicht Erfordernis, soudern böser Glaube Hindernis der Er-

[1]) Wolff, der Begriff des Besitzes u. s. w. S. 8. 9.

[2]) Im § 955 hat das Gesetz den Eigenbesitzer dem gleich gestellt, der eine Sache zum Zwecke der Ausübung des Nutzungsrechts an ihr besitzt.

[3]) Darüber Gierke, deutsch. Pr., II., S. 214.

sitzung[1]. Dagegen wird jedoch geltend gemacht[2]), dass diese Gesetzesform nur zum Zweck der Regelung der Beweislast gewählt sei. U. E. bedeutet es aber keine Vergewaltigung des Gesetzestextes, wenn wir annehmen: ist kein böser Glaube vorhanden, so kann die Ersitzung stattfinden. Dieser Mangel des bösen Glaubens braucht sich aber nicht im Vorhandensein des guten Glaubens zu äussern, wie Manigk[3] annimmt: das Gesetz will nicht die Ersitzung dem zusprechen, der guten Glauben hat, sondern es will sie dem nicht gewähren, der bösen Glauben hat. Wenn böser Glaube als Hindernis betrachtet wird, dann können Geschäftsunfähige sehr gut ersitzen: denn bösen Glauben werden Kinder und Geisteskranke selten haben, sie sind deshalb, wie Auerbach sehr richtig bemerkt, ganz besonders geeignet zu ersitzen[4]).

Ebensowenig wie man Kinder und Geisteskranke von der Rechtswohltat der Ersitzung ausschliessen sollte, dürfte man die Aneignung für sie unmöglich machen, indem man zum Eigenbesitz den Animus domini fordert. Gar nicht einzusehen ist es, warum Geschäftsunfähige an herrenlosen Sachen kein Eigentum sollen erwerben können, da namentlich hier kein Recht eines anderen beeinträchtigt wird. Warum soll es, wie Manigk[5]) behauptet, dem Rechtsgefühl widersprechen, geschäftsunfähige Personen zum Eigentumserwerb zuzulassen? Ist es etwa widersinnig, wenn Kinder an den von ihnen gefangenen Käfern und Schmetterlingen Eigentum erwerben sollen? Ebenso wie Geschäftsunfähige durch Spezifikation Eigentum erwerben können, sollte es ihnen doch auch nicht unmöglich sein, durch Aneignung Eigentum zu erwerben! Selbst Dernburg[6], der im übrigen auf unserer

[1]) Vgl. Auerbach, S. 34. Fischer zu § 927 Anm. 3.
[2]) Manigk, Vorauss. S. 325.
[3]) S. 325. vgl. Auerb. S. 34.
[4]) S. 34.
[5]) S. 212, 217 Anwend.
[6]) S. 334.

Seite steht, hält die Absicht der Aneignung für wesentlich. Warum aber ein solcher rechtsgeschäftlicher Wille gefordert werden soll, ist nicht einzusehen. Manigk[1]) entgegnet uns, dass es dann sehr einfach wäre, eine Schenkung zu umgehen. Man derelinquiert eine Sache, und das Kind eignet sie sich nachher an. Diese Gegenüberstellung ist eine juristische Konstruktion und keines Gegenbeweises bedürftig. Wenn man dem Kind die Sache schenken will, dann will man die Sache übereignen, nicht herrenlos machen. Bei solcher Umgehung handelt man in fraudem legis. Hat man in der Tat den Willen, nach § 959 auf das Eigentum zu verzichten, so muss man sich auch gefallen lassen, dass ein anderer — nicht das Kind, für das die Sache bestimmt war — sich die derelinquierte Sache aneignet.

Manigk[2]) sucht unsere Ansicht ferner durch einen Vergleich mit dem § 959 ad absurdum zu führen. Er folgert: Wenn die Dereliktion, die eine Sache zu einer herrenlosen macht, die Absicht fordert, auf das Eigentum zu verzichten, so muss auch die Aneignung, die der herrenlosen Sache wieder einen Eigentümer gibt, die Absicht enthalten, das Eigentum zu erwerben. — Dieser Schluss ist nicht berechtigt. Die Dereliktion — ebenso die Uebereignung — bedeutet den Verlust eines Rechtsguts; damit das Rechtsgut nicht ohne weiteres durch Verlust des Besitzes (Eigenbesitzes) verloren gehe, verlangt das Gesetz noch die Absicht, auf das Eigentum zu verzichten. Es würde dem Sinn der Rechtsordnung widersprechen, wenn ich bei Verlust des Besitzes (Eigenbesitzes) sofort das Eigentum verlöre. Die Aneignung dagegen stellt den Erwerb eines Rechtsguts dar; diesen Erwerb will die Rechtsordnung erleichtern und gibt daher sofort Eigentum, wenn man eine herrenlose Sache in Besitz (Eigenbesitz) nimmt. Da hier niemals das Recht eines andern beeinträchtigt werden kann, liegt kein Grund vor, er-

[1]) Vorauss. 325.

[2]) Manigk, Voraussetzungen S. 323, vgl. Auerbach S. 33, Fischer Anm. 8, 929 Anm. 5.

schwerende Bedingungen zu stellen[1]. Daher ist es auch unbedenklich, Kinder zur Aneignung zuzulassen.

In Bezug auf den Fruchterwerb nach § 959 werden keine Gegengründe geltend gemacht. Hier kann man gar nicht mit Gegenargumentationen arbeiten.

Wenn die Gegenpartei uns vielleicht zugesteht, dass, die genannten Rechtsvorteile den Geschäftsunfähigen zu versagen, dem Rechtsgefühl widerspricht, so macht sie dagegen geltend, dass der Eigenbesitz auch Nachteile mit sich bringt und Pflichten auferlegt[2]). Diese ergeben sich aus der Legitimationswirkung des Eigenbesitzes und zeigen sich in §§ 836, 837, 988, 1120, 1127), Z.V.G. 147, 164. Aus diesen Gründen sei es bedenklich, Geschäftsunfähige zum Eigenbesitz zuzulassen, da sie erheblichen Schaden dadurch erleiden könnten. — Der Einwand ist unbegründet. Denn wenn jemand die Vorteile einer Institution geniesst, muss er auch die Nachteile mit in Kauf nehmen[3]). Da aber die Vorteile, die der Eigenbesitz gewährt, viel höher anzuschlagen sind, als die Nachteile[4]), die er mit sich bringt, so ist es sicherlich gerechtfertigt, den Geschäftsunfähigen den Erwerb des Eigenbesitzes nicht zu verschliessen. Im übrigen aber wird praktisch eine solche Haftung aus § 836 u. s. w. selten oder gar nicht vorkommen, da in den fraglichen Fällen der Eigenbesitz meist derivativ wird erworben werden.

[1]) Dass dieser Satz „Erwerb eines Rechtsguts wird erleichtert, Verlust erschwert" allgemeines Prinzip des Gesetzes ist, bedarf wohl keiner Hervorhebung. So bedürfen Minderjährige der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nur zu einer Willenserklärung, durch die sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen. § 107. Der Verlust des Besitzes wird nicht durch eine vorübergehende Verhinderung i. d. Ausübung der Gewalt beendigt § 856. 2. u. s. w. —

[2]) Vgl. Manigk a. a. O. Frühere Codifik. liessen den Eigentümer haften. C. c. 1386. ALR I, 6 § 10, 8 § 38, Sächs BGB § 351.

[3]) So auch Auerbach a. a. O.

[4]) Bei § 988 ist nur die Bereicherung herauszugeben, also ein erheblicher Schaden nicht zu befürchten. Es handelt sich also im wesentlichen nur um § 836.

III. Praktische Anwendbarkeit.

1) Materiell.

§ 37.

Die praktische Unhaltbarkeit der Subjektivitätstheorie ist nach den schlagenden Gegengründen Iherings kaum noch eines Beweises bedürftig. All die Irrtümer, die die Lehre vom animus domini im gemeinen Recht heraufbeschworen und die Besitzlehre verdunkelt haben, müssen wiederkehren, wenn wir auch jetzt noch in der Praxis diese Lehre verwerten wollen. Unterstellen wir die Richtigkeit der gegnerischen Ansicht und fragen einen Pächter: „Hast Du Animus domini? Das ist wichtig für dich; denn dadurch erlangst du wesentliche Vorteile.“ Er wird uns antworten: „Das verstehe ich nicht.“ Wir dringen weiter in ihn: „Willst du wie ein Eigentümer das Grundstück bewirtschaften?“ Er wird erwidern: „Ja, gewiss, ich bin ja Pächter.“ Darauf erwidern wir ihm: „Nein, da bist du im Irrtum; wenn du Pächter bist, hast du keinen Animus domini.“ Dieses Beispiel, das Ihering[1]) zur Widerlegung der Subjektivitätstheorie anführt, sagt uns zweierlei: Die Rechtssubjekte sind sich nie darüber klar, ob sie den Animus domini haben oder nicht; eine Konstruktion, die selbst den Juristen so viel Schwierigkeiten macht, einem Laien aufzuerlegen, ist zu viel verlangt. Man wird entgegnen, dass bei andern Rechtshandlungen auch der Wille der Rechtssubjekte ausschlaggebend sei, und die Rechtsordnung keine Rücksicht darauf nehme, ob den Handelnden die juristische Konstruktion klar ist oder nicht. Dieser Einwand ist nicht gerechtfertigt. Denn der Fall liegt hier ganz anders. Wenn jemand z. B. einen Kauf abschliesst, weiss er genau, was er will. Aufgabe des Juristen ist es dann, diesen Willen zu zergliedern und juristisch zu erklären. Besitzt aber jemand eine Sache, so überlegt er sich selten, mit welchem Willen er sie besitzt und welche Bedeutung dieser Wille hat. — Dies Beispiel lehrt uns aber noch ein zweites. Machen wir

[1]) Besitzwille S. 164.

den Eigenbesitz vom Animus domini abhängig, so liegt es in der Hand der besitzenden Person, Eigenbesitz zu haben oder nicht. Denn es kann ja Personen geben, die so klug sind, sich den Animus domini, von dessen Wirkungen sie gehört haben, anzumassen. Ihrer Willkür ist alles anheim gegeben. Der Mieter braucht ja nur den Animus domini zu fassen, dann hat er Eigenbesitz. Obgleich die Gegner einsehen, wie unbefriedigend diese Folgerungen sind, halten sie an ihrer Lehre fest. Manigk[1] spricht es offen aus, dass der Eigenbesitz seinen spezifischen Charakter durch den Willen des Handelnden erhält, durch den Zweck, der dabei erstrebt wird. Das bedeutet nichts anderes als: Du brauchst nur den Willen zu haben, dann ist die Rechtsordnung gleich bereit, dir die Aussicht auf wesentliche Vorteile zu gewähren[2]).

Sollte aber wirklich jeder Besitzer den Willen haben, den die Rechtsordnung bei ihm voraussetzt — d. h. der Eigentümer den Animus domini, der Pächter den Animus rem sibi habendi oder dergl. —, so würde es äusserlich nie erkennbar sein, ob der Besitzer den Eigentümerwillen hat oder nicht. Wenn ich ein aus einer Bibliothek geliehenes Buch lese, so kann man nicht sehen, ob ich Eigentümer bin oder nicht, wenn man den Willen entscheiden lässt. Nur der äussere Tatbestand gibt Aufschluss darüber, dass ich Fremdbesitzer bin. Namentlich aber beim Finder sind wir stets im unklaren, ob er Eigen- oder Fremdbesitzer ist. „Will" er die Sache für sich behalten, dann ist er Eigenbesitzer, andernfalls Fremdbesitzer. So oft er seinen Willen ändert (und das kann er jeden Augenblick tun)[3]), so oft ändert sich auch seine Stellung als Besitzer. Es würde eine Rechtsunsicherheit entstehen, da man nie weiss, ob der Besitzer wie ein Eigentümer besitzen will. Wenn ich eine

[1]) Vorrauss, S. 128. 156.

[2]) Richtig: Thoma, Besitzwille S. 74.

[3]) Der römische Satz: Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, kann für das B.G.B., da er im Gesetzbuch nicht ausgesprochen ist, nicht ohne weiteres Geltung beanspruchen. Vgl. S. 94. Anm. 2.

Sache wegnehme, kann jemand an meinem Willen erkennen, ob ich sie stehle, leihe oder occupiere?

Man betrachte nun einmal die verschiedenen Besitztatbestände, wie sie mit und ohne Annahme des Animus domini zu zergliedern sind: 1) A ist Eigentümer, glaubt Eigentümer zu sein, geriert sich wie ein Eigentümer. (Eigentümer) 2) A ist nicht Eigentümer, glaubt aber Eigentümer zu sein und geriert sich wie ein Eigentümer, (sogenannter redlicher Besitzer) 3) A ist nicht Eigentümer, glaubt nicht Eigentümer zu sein, geriert sich aber wie ein Eigentümer (sogenannter unredlicher Besitzer) 4) A glaubt nicht Eigentümer zu sein, sondern nur ein Recht an der Sache zu haben, übt aber alle Funktionen des Eigentümers aus. —

Die ersten Drei sind die oftgenannten typischen Beispiele für den Besitz mit dem Animus domini. A. in Nr. 4 hat den Animus domini nicht. Wie nun aber, wenn tatsächlich kein Eigentümer vorhanden ist, von dem A sein Recht abzuleiten glaubt? Wie, wenn sein Glaube irrtümlich ist? Er hält sich für den Niesbraucher einer in Amerika lebenden — tatsächlich nicht existierenden — Person, sollte er deshalb von der Ersitzung ausgeschlossen sein? Es wäre ungerecht, dem redlichen A in Nr. 4 die Rechtsvorteile zu versagen, während sie dem unredlichen A in Nr. 3 gewährt werden (sofern sie nicht etwa kraft besonderer Gesetzesvorschrift ausgeschlossen sind, wie in 937 Abs. 2[1]).

Jedoch das ist nur ein Fall der vielen Tatbestände, in denen es hart erscheint, den Eigenbesitz wegen Mangel des Animus domini zu verneinen. Strohal[2]) hat eine Anzahl anderer Fälle angeführt, bei denen es nicht minder widersinnig ist, den Eigenbesitz vom Animus domini abhängig zu machen. Besonders einleuchtend ist folgendes Beispiel: X übersiedelt in eine fremde Stadt und lässt sich daselbst durch einen Freund die Einrichtung einiger Zimmer besorgen, es dabei diesem überlassend, die Möbel zu kaufen oder zu

[1]) Dies scheint auch die Ansicht von Auerbach S. 20 zu sein

[2]) Zum Besitzrecht usw. 31,1.

mieten. Als aber nach der Ankunft des X die teils gemieteten, teils auf den Namen des X gekauften Möbel in die Wohnung gebracht werden, verwechselt derselbe die nur gemieteten Möbel mit den gekauften und umgekehrt und fasst also gerade in Ansehung der Möbel, für welche er ihn notwendig brauchte, den Eigentümerwillen nicht. — Ist er auf diese Weise Eigenbesitzer der gemieteten und Fremdbesitzer der gekauften Möbel geworden? Die Gegner möchten wohl schwerlich die Frage mit Ja zu beantworten wagen.

2) Prozessual.

§ 38.

Man vergegenwärtige sich nun einmal einen Prozess[1]. A behauptet, eine Sache, die er im Besitz hat, ersessen zu haben. Die Beweislast dafür, dass er Eigenbesitz an der Sache 10 Jahre gehabt hat, trifft ihn. Aber der Beweis wird ihm nicht schwer fallen; denn er braucht ja nur zu behaupten, dass er 10 Jahre den Animus domini gehabt hat, und die Sache ist sein. Oder ein anderes Beispiel: A will den B aus § 836 zur Haftung für den Einsturz eines Gebäudes heranziehen. Er täuscht sich aber, wenn er glaubt, er werde den Schaden ersetzt erhalten. Denn B wird sofort behaupten, er habe nicht den Animus domini, sondern sei Fremdbesitzer[2]. Da es aber auf seinen Willen, d. h. seine Behauptung ankommt, wird dem A der Gegenbeweis nie gelingen. Demnach steht die Haftung aus § 836 auf dem Papier, da sie praktisch nicht durchführbar ist. —

Wollte der Richter den Animus domini erforschen, so käme er ins Unendliche. Immer wird er nach objektiven Merkmalen entscheiden müssen, um zu einem Resultat zu kommen. Wie befremdend es aber wirkt,

[1]) Vergl. die treffenden Ausführungen bei Ihering S. 288.

[2]) Vergl. S. 80 Anm. 3. Richtig auch: Thoma, Besitzwille S. 74.

wenn der Richter den Animus domini zum Gegenstand des Beweises macht, zeigt die Reichsgerichtsentscheidung Band 54, S. 133: hier wurde Eigenbesitz an gewissen Grundstücksstreifen von beiden Parteien behauptet. Die Streitflächen gehörten zum Grundstück des Klägers, waren im Kataster auf seinen Namen eingetragen, von ihm bebaut und bepflanzt. Das Reichsgericht erachtete es nun für notwendig, den Beweis für den Animus domini zu erbringen. Hier im konkreten Fall zeigt sich besonders, dass die Lehre vom Animus domini praktisch nicht verwertbar ist.

3. Abschnitt. Wahre Erfordernisse des Eigenbesitzes.

I. Aufstellung der Erfordernisse unter gleichzeitiger Besprechung von Beispielen.

§ 39.

Um zu zeigen, dass grundsätzlich die Willenstheorie undurchführbar ist, haben wir sie bis in ihre letzten Extreme verfolgt und dabei einen Gegner als ihren strikten Anhänger fingiert. Wir müssen jedoch zugeben, dass die meisten Anhänger der Willenstheorie diese Folgerungen nicht ziehen, sondern, weil sie einsehen, dass man zu unhaltbaren Resultaten gelangt, bei einem bestimmten Punkte halt machen. Auch sie kommen nämlich, wenn sie ihre Lehre in der Praxis durchführen wollen, im Grunde auf die Entscheidung durch objektive Merkmale zurück, nur dass sie den Umweg über den Animus domini machen. Dass sie bei diesem Umwege häufig irre gehen, ist nicht zu verwundern. — Sie betrachten also als das Entscheidende den Animus domini, als Beweismittel die objektiven Merkmale. Da aber der Animus domini meist nicht anders als durch diese objektiven Merkmale bewiesen werden kann, beruht ihre Entscheidung auch allein auf dem äusseren Tatbestand. Wozu also das Willensmoment noch heranziehen? Zur Aufklärung trägt es wahrlich nicht bei, nur zur Verdunklung des Begriffes und zur Er-

schwerung des Beweises ist es dienlich. So plaidiert Manigk[1]) für die Souveränität des Willens. „Alle objektiven Tatsachen können nur als Indiz in Betracht kommen. Sie unterliegen der gleichen Würdigung wie alle äusseren Umstände". Dass aber in Wahrheit den objektiven Merkmalen die Souveränität beiwohnt, erkennt er durch den Satz an: „Normaler Weise werden die weiteren Absichten der ursprünglichen causa entsprechen" — Warum soll man aber nicht sofort das Normale als Rechtssatz nehmen und ohne weiteres die objektiven Merkmale entscheiden lassen?[2]) — So entscheidet er auch für die Haftung aus § 836 folgendermassen: „Wenn der Besitzer behauptet, er sei nur Fremdbesitzer des Grundstückes, er habe nicht den Animus domini, so ändert dies natürlich nichts an dem Charakter des Besitzes. Sprechen die anderen Umstände für den vorher betätigten animus domini (er hat z. b. das Haus umbauen lassen), so liegt auf der Hand, wie das blosse spätere Leugnen für diese Absicht zu verwerten ist, wenn es gilt, einen Nachteil abzuwenden". —

Wie nichtig die Behauptung von der Souveränität des Willens ist, zeigt zur Evidenz die erwähnte Reichsgerichtsentscheidung. Denn das Reichsgericht sieht sich, trotzdem es den Willen entscheiden lassen will, genötigt, folgenden Satz aufzustellen: „Ob dieser Wille vorhanden, ist in jedem einzelnen Fall nach den tatsächlichen Umständen zu beurteilen". Wenn also in jedem einzelnen Fall die Frage des Eigenbesitzes nach den tatsächlichen Umständen zu beurteilen ist, warum kann man nicht sofort zusammenfassend sagen, dass in allen Fällen die tatsächlichen Umstände entscheiden[3])? Die Praxis denkt nicht daran, die Begriffskonstruktion vom Animus domini zu verwerten. Es ist also

[1]) Vorauss. S. 320, 322.

[2]) Thoma, Besitzwille S. 73 sagt sehr richtig: Beweisbar und rechtlich fassbar ist immer nur die einzelne Handlung oder Erklärung . . . . Eine rein innerliche Willensbeschaffenheit kann überhaupt nicht von rechtlicher Bedeutung sein. . . . .

[3]) Näh. Ausführungen s. u. § 40.

nur eine Theorie, die das Gericht nichts angeht. Erkennen die Gegner aber diese Folgerung an, so schlagen sie sich selbst[1]).

Die Souveränität des Willens zeigt sich aber besonders, meint Manigk[2]), wenn keine äusseren Umstände da sind, aus denen auf den Willen zu schliessen ist, indem man auf ihn zurückgehen und seine Entscheidung anrufen muss. Die Entscheidung muss nötigen Falls im Prozess durch den Parteieid erfolgen. Dass ein solcher Eid gefährlich und bedenklich ist, bei der die Partei über einen inneren Willensbegriff, den sie selbst nicht versteht, sich erklären soll, dagegen wird sich der praktische Sinn der Gegner nicht verschliessen. Wir können nämlich den Parteieid für die vorliegende Frage vollständig entbehren. Das Gesetz ist so weise, hier der Praxis zu Hilfe zu kommen, indem es Vermutungen für und gegen den Eigenbesitz aufstellt. Das Wesen dieser Vermutungen ist des weiteren erst unten zu erörtern.

§ 40.

Bisher haben wir ganz allgemein von objektiven Merkmalen und äusseren Tatumständen gesprochen und sie nicht näher zu bestimmen unternommen. Die gegnerische Partei wird schon gespannt darauf sein, zu erfahren, welche objektiven Merkmale den Charakter des Besitzes als Eigenbesitz bestimmen sollen. Fischer[3]), der ebenfalls den Animus domini verneint, erklärt den Ausdruck „als ihm gehörend“ mit „zum Zweck der Ausübung des Eigentums“. Ihm schliesst sich Auerbach[4]) an, indem er die Definition folgendermassen ableitet: „Das BGB unterscheidet richtig Besitz in Ausübung eines Rechts (837) und Besitz zum Zweck der Ausübung eines Rechts (955 Abs. 2, 988) Es gibt also Besitz in bzw. zum Zweck der Ausübung des Pfandrechts, Niessbrauch-

[1]) So auch Auerbach S. 38.

[2]) Anwend. S. 108. Vorauss. S. 322

[3]) Fischer, Anm. 1.

[4]) Auerbach S. 16; ähnlich äussert sich Strohal Bd. 34 im § 1 seines Gegenentw., vgl. auch Ihering 334, 335.

rechts, Mietrechts, Pachtrechts, kurz aller Rechte, die zum Besitz berechtigen. Ein solches Recht ist unzweifelhaft das Eigentum; also muss es sowohl einen Besitz in Ausübung als auch einen Besitz zum Zweck der Ausübung des Eigentums geben. In § 837 spricht das BGB von Besitz in Ausübung eines Rechts; auch das Eigentum ist ein Recht und wird daher von 837 mitgetroffen. In den §§ 955, 988 ist vom Besitz zum Zweck der Ausübung eines Nutzungsrechts die Rede. Unter Nutzungsrecht kann aber Eigentum nicht verstanden werden, dieses bildet vielmehr einen Gegensatz zu den Nutzungsrechten, die nur beschränkte Rechte an einer Sache sind (§ 954). Kennt also das BGB überhaupt keinen Besitz zum Zweck der Ausübung des Eigentums, des wichtigsten aller Rechte? — Es kennt einen solchen und hat für ihn wegen seiner grossen Bedeutung in den zahlreichen Rechtsfällen, die sich an ihn knüpfen, eine technische Bezeichnung: Eigenbesitz."

Die Folgerung ist scharfsinnig; besonders scheint die Gegenüberstellung von Eigenbesitz und Besitz zum Zweck der Ausübung eines Nutzungsrechts im § 955 die logische Notwendigkeit der Definition anzudeuten. Trotzdem möchten wir sie nicht verschlagen, da sie Irrtümer hervorrufen kann und hervorgerufen hat: Manigk[1] hat Zweck und Absicht identifiziert und daraus gefolgert, dass Fischer und Auerbach mit ihrer Definition nichts anderes sagen, als dass die Absicht des Besitzenden, also subjektive Merkmale im Grunde entscheiden. Denn der Besitz könne keinen Zweck haben; diesen Zweck setzen die Menschen mit ihrer Absicht. — Obwohl wir anerkennen, dass Zweck und Absicht nicht notwendig zusammenfallen, liegt doch der Gedanke nahe, sie zu identifizieren, und verleitet zu Irrtümern. Selbst Auerbach hat auf den Ausdruck „Zweck" zu grosses Gewicht gelegt und ist daher bei Bestimmung der causa auf falsche Fährte geraten, wie unten näher dargelegt werden wird. Es entspricht u. E. auch mehr dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes, wenn wir, ohne — vielleicht zufällige — Gegenüberstellungen heran-

[1]) S. 108, dagegen Auerbach, S. 21.

zuziehen, den Eigenbesitzer charakterisieren als den Besitzer, der „wie ein Eigentümer“ besitzt. Damit ist lediglich der animus des Besitzers für unmassgeblich erklärt und das Gewicht auf die „äussere Stellung eines Eigentümers“, wie Dernburg sich ausdrückt[1]), gelegt.

§ 41.

Wenn wir sagen, die äussere Stellung eines Eigentümers genüge zum Eigenbesitz, dann werden uns die Gegner folgendes Beispiel entgegenhalten: „A. ist Niessbraucher einer Sache, deren Eigentümer B. in Amerika lebt. A. nimmt die äussere Stellung eines Eigentümers ein, da er nach aussen hin wie ein Eigentümer auftritt und scheinbar die Funktionen eines Eigentümers ausübt. Denn niemand ausser ihm im ganzen Umkreise weiss, dass nicht er, sondern B. Eigentümer der Sache ist. A. wäre demnach als Eigenbesitzer anzusehen. B. dagegen, der nicht die Stellung eines Eigentümers nach aussen hin einnimmt, wäre Fremdbesitzer.“

Wir lassen zunächst Auerbach darauf entgegnen, um zu zeigen, dass wir seine Auffassung nicht teilen können, da Mängel in seinen Schlussfolgerungen auftreten. Er sagt[2]): „Eigenbesitz ist Besitz zum Zweck der Ausübung des Eigentums, der Besitz muss also, um Eigenbesitz zu sein, den Zweck haben, das Eigentum auszuüben; es kommt also nur auf den Zweck des Besitzes an. Und wodurch wird der Zweck des Besitzes bestimmt? In erster Linie durch den Akt, dem er seine Entstehung verdankt, die causa[3]). Beim Niessbraucher liegt eine causa vor, die bestimmt ist, Fremdbesitz zu schaffen, er ist also nicht Eigenbesitzer, während B. Eigenbesitzer ist.“

---

[1]) § 12. In ähnlicher Weise äussert sich auch Thoma, Besitzwille S. 74. „Wer durch sein äusseres Auftreten bei Erwerb und Fortsetzung des Besitzes die Vermutung rechtfertigt, dass er wie ein Eigentümer mit der Sache zu schalten gedenke, ist Eigenbesitzer.“

[2]) S. 22.

[3]) In ähnlicher Weise weist Thoma Besitzwille S. 74 auf die causa detentionis hin.

Auerbach gelangt also auf die von Ihering für das römische Recht verfochtene Causaltheorie: Nicht der animus entscheidet, sondern allein die causa, der Entstehungsgrund, das Rechtsverhältnis, das dem Erwerb zu Grunde liegt. — Um zu prüfen, ob auch für den heutigen § 872 diese Entscheidung gerechtfertigt ist, müssen wir weiter ausholen: Nach römischem Recht galt der als Besitzer, der Interdiktenschutz genoss. Das war eine Reihe fest bestimmter Personen; alle andern, die wir heute Besitzer nennen, waren nicht geschützt. Im gemeinen Recht suchte man nun den prinzipiellen Unterschied zwischen den possessores und den detentores zu finden. Savigny und seine Anhänger sahen den Unterschied im animus domini. Nach der von Ihering neu geschaffenen Causaltheorie sollten nicht subjektive Merkmale entscheiden, sondern objektive. Statt des animus setzte er die causa, den Entstehungsgrund. Der Pächter war also nicht deswegen schutzlos, weil er nicht den animus domini hatte, sondern deswegen, weil das Recht dem Pächter den Besitzschutz absprach. — Dass für Beurteilung des Besitzes nach § 854 BGB der Wille keine Rolle mehr spielt, ist sicher: Auch für den Besitz des BGB sollen nicht subjektive, sondern objektive Merkmale entscheiden. Dasselbe gilt für die Unterscheidung von mittelbarem und unmittelbarem Besitz. Die Unterscheidung liegt in der causa. Wer Pfandgläubiger, Mieter, Pächter u. s. w. ist, der geniesst Besitzschutz, nicht weil er einen bestimmten animus hat, sondern weil das Recht ihn als unmittelbaren Besitzer auf Grund der Erwerbscausa ansieht. Wie klar solche abstrakte Begriffe durch Formeln werden, hat Ihering uns gelehrt[1]). Die Formel für § 868 würde lauten:

$$\frac{a}{a_1} = \frac{b}{b_1} = \frac{c}{c_1} = \ldots\ldots = \frac{m}{n}$$

Bedeutet: $a : a_1$, $b : b_1$, $c : c_1$ u. s. w. jedesmal das Rechtsverhältnis zwischen Verpächter und Pächter, Vermieter und Mieter, Pfandschuldner und Pfandgläubiger, und $m : n$ das

[1]) S. 53.

Verhältnis des mittelbaren Besitzes zum unmittelbaren Besitz, so zeigt die Formel: Besteht ein Verhältnis wie a : a_1, b : b_1 u. s. w., d. h. ein Verhältnis von Verpächter zu Pächter, Vermieter zu Mieter u. s. w., dann ist dieses Verhältnis das des mittelbaren Besitzes zum unmittelbaren Besitz. Das Resultat also, das wir erhalten, lautet: a ist mittelbarer, a_1 unmittelbarer Besitzer. — Anders hat das Gesetz den Eigenbesitz geregelt. In § 872 werden nicht eine Reihe bestimmter Personen aufgezählt, die Eigenbesitz oder Fremdbesitz haben sollen, sondern es ist eine Definition für den Eigenbesitz aufgestellt: wer als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer. In Formeln ausgedrückt lautet daher der § 872, wenn e. Eigenbesitz, b. Besitz (tatsächliche Gewalt) und g. das Moment „als ihm gehörend" bedeutet, wodurch der Besitz zum Eigenbesitz erhoben wird:

$$e = b + g.$$

Während man also im § 868 nach dem Entstehungsgrund feststellen kann, ob eine Person mittelbarer oder unmittelbarer Besitzer ist (je nachdem sie Vermieter oder Mieter, Verpächter oder Pächter, u. s. w. ist), ist die Feststellung nach § 872, ob jemand Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer ist, nicht ohne weiteres möglich. Denn wer sagt mir, welche causa zum Eigenbesitzer und welche zum Fremdbesitzer macht? Vielmehr muss festgestellt werden: Besitzt A. als ihm gehörend oder nicht? Das allein Entscheidende ist das Moment g. — Wir wollen aber auch konkret vorgehen: Auerbachs Definition scheint ihm den Anhalt zu geben, den Zweck und damit die causa entscheiden zu lassen[1]). Diese Erklärung reicht sehr gut aus, wenn wir es mit Verhältnissen zu tun haben, die unter § 868 fallen, also auch für das oben gegebene Beispiel; denn nach § 868 entscheidet allerdings die causa. Indem nun Auerbach den Vergleich von Eigen- und Fremdbesitz mit mittel-

[1]) Auerbach, S. 22. Manigk, Anwendungsgeb. S. 110 verteidigt unbewusst unsere Ansicht; er verwirft es, den Eigenbesitz aus der causa zu erklären. Dies vertrage sich nicht mit dem Grundsatz, dass die Stellung des Eigentümers etwas rein Tatsächliches sein soll.

barem und unmittelbarem Besitz durchführt, nimmt er überall da, wo unmittelbarer Besitz vorhanden ist, Fremdbesitz an. Und da sich der unmittelbare Besitz durch die causa bestimmt, lässt er auch für den Fremdbesitz dieselbe causa entscheiden. Der Irrtum ist begreiflich, da sehr oft Eigen- und mittelbarer Besitz zusammenfallen. Was lässt Auerbach aber entscheiden, wenn ein andres Verhältnis vorliegt, das nicht unter § 868 fällt? Aus welchen Gründen spricht er z. B. dem Finder Fremdbesitz zu? Er reiht den Fund einfach an 868 an und sagt, dass hier selbstverständlich dieselbe Entscheidung zu treffen sei. — Aber auch er selbst traut der causa nicht allzuviel zu. Wenn wir Auerbach lesen, so hören wir zuerst, das Entscheidende, ob Eigen- oder Fremdbesitz vorliegt, sei die causa, und stud des Glaubens, dass mit dieser immer alle Besitzverhältnisse strikt beurteilt werden könnten. Aber schon für den Dieb muss er eine causa vitiosa konstruieren, trotzdem die Rechtsordnung den Diebstahl nicht als Erwerbsgrund des Eigentums ansieht. Später hören wir sogar, dass bei beweglichen Sachen die causa nur das hauptsächlichste, nicht das einzige Mittel sei, den Eigenbesitz zu erkennen, und schliesslich reicht bei unbeweglichen Sachen die causa überhaupt nicht mehr zu[1]. Eine solche Bestimmung, die mehr Ausnahmen als Regelfälle aufweist, ist eben so unbrauchbar wie die Definition des juristischen Besitzes durch den animus domini, der auf drei Fälle passte, bei den übrigen vier aber versagte. Dabei ist vollständig unklar, wann die causa und wann der äussere Anschein entscheiden soll. Bald soll das eine, bald das andere gelten; je nach dem Gefühl gebraucht man das eine oder das andere Mittel, eins hilft immer.

Auch Dernburg[2] lässt Eigenbesitz entstehen, wenn dem Besitzer nicht nachgewiesen wird, dass der Besitzerwerb sich auf ein anderes Verhältnis (causa) als das des Eigentums gründet. Auch dies gibt keine befriedigende Lösung.

[1]) Auch Fischer Anm. 1 will den äusseren Anschein so wie Auerbach verstanden wissen.

[2]) Dernburg, Sachenrecht. § 12.

Unter einer causa, die geeignet ist, Eigentum zu verschaffen, können wir nichts Bestimmtes verstehen. Ich frage wieder: Muss eine causa vitiosa konstruiert werden, und wie steht es mit dem Finder?

Die scheinbar alles lösende causa kann daher nicht als Universalmittel verwertet werden.

§ 42.

Man darf nicht äussern Ähnlichkeiten trauen, sondern muss der Rechtseinrichtung auf den Grund gehen; was will es sagen, wenn der Besitzer „wie ein Eigentümer" besitzt? — Der Eigentümer kann nach § 903, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Dritte von jeder Einwirkung ausschliessen; ein Besitzer besitzt also wie ein Eigentümer, wenn für ihn die Merkmale des § 903 tatsächlich — wenn auch nicht rechtlich — zutreffen[1]). Nur dieses Merkmal kann das entscheidende sein. Wenn der Niessbraucher A. des in Amerika lebenden Eigentümers B. nicht als Eigenbesitzer anzusehen ist, so liegt der Grund darin, dass er nicht jeden — jedenfalls nicht den B. — von der Einwirkung auf die Sache ausschliesst. Dass hierbei die causa nicht gänzlich einflusslos ist, bedarf unten noch weiterer Erörterung, jedenfalls liegt aber das entscheidende Moment, dass den Pächter, Mieter u. s. w. zum Fremdbesitzer macht, nicht ursprünglich in der causa, sondern in der Tatsache, dass er nicht nach Belieben mit der Sache verfährt und nicht jeden von der Einwirkung ausschliesst.

Man wird nun sagen: „Ja, aber der in Amerika lebende B. schliesst den A. auch nicht von der Einwirkung aus. Ist er als Fremdbesitzer anzusehen?" Darüber gibt uns der Nebensatz im § 903 Aufschluss: „Soweit nicht Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen". Wenn wir statt der rechtlichen

---

[1]) Sehr richtig erfasst das Wesen des Eigenbesitzes Manigk insofern, als er auch den § 903 zum Vergleich heranzieht. Nur müsste er statt des Willens die Tatsachen setzen.

Stellung des Eigentümers im § 903 die tatsächliche Stellung setzen, so muss auch der Satz „soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen" dahin abgeändert werden: „Soweit nicht der Besitz eines Dritten entgegensteht". Es wird sehr oft vorkommen, dass der Nießbraucher, Pächter u. s. w. nach Aussen hin die Stellung eines Eigentümers einnimmt, wogegen der wahre Eigentümer, Verpächter u. s. w. nicht wie ein Eigentümer auftritt. Trotzdem bleibt der Eigentümer Eigenbesitzer, der Verpächter Fremdbesitzer. Denn ebenso wie sein Eigentum bestehen bleibt, wenn das Recht eines Dritten entgegensteht (Recht des Pächters), so bleibt auch der Eigenbesitz bestehen, wenn der Besitz eines Dritten (Besitz des Pächters) entgegensteht. Der Verpächter bleibt also Eigenbesitzer. Unsre Formel wird nicht unrichtig, wenn wir setzen:

$$e = \frac{b - g}{f}$$

D. h.: Der Eigenbesitz bleibt bestehen, auch wenn er durch einen Fremdbesitz (f) eingeschränkt wird. Hier zeigt sich die Elastizität des Eigentums, wie des Eigenbesitzes. Fällt f. fort, so lebt der Eigenbesitz in seiner ganzen Kraftfülle wieder auf.

Um zu entscheiden, ob Eigentum oder Recht eines Dritten vorliegt, müssen wir allerdings auf die causa zurückgehen. Nur erleichtert uns das Gesetz die Feststellung durch Vermutungen (§ 1006). Hier liegt auch der Schwerpunkt für die ganze Feststellung des Eigenbesitzes. Das Gesetz kommt uns bei unsern Zweifeln zu Hilfe und unterstützt uns durch Vermutungen. Auf diese Weise können wir ohne alle Schwierigkeit die Lösung herbeiführen.

1). Nähere Erörterung bei beweglichen Sachen.

§ 42.

Wir handeln zunächst von beweglichen Sachen: Nach § 1006 wird vermutet, dass der Besitzer einer Sache Eigentümer der Sache sei. Wenn diese Vermutung gilt, muss erst

recht die geringere Vermutung gelten, dass der Besitzer einer Sache Eigenbesitzer sei[1]). Auf Grund dieser Vermutung müssen wir also unsre Formel umdrehen, so dass sie lautet[2]):

$$b = e—g.$$

Auch hier stehen sich wieder rechtliche und tatsächliche Stellung gegenüber. So ist der Besitzer erst als dinglich Berechtigter anzusehen, wenn dargetan ist, dass er nicht Eigentümer sei, also die Vermutung widerlegt ist. Ebenso ist der Besitzer als Fremdbesitzer anzusehen, erst wenn die Vermutung widerlegt ist, dass er Eigenbesitzer sei, d. h. wenn ihm das (— g.) nachgewiesen wird. Der Niessbraucher des in Amerika lebenden B. ist deshalb grundsätzlich so lange als Eigenbesitzer anzusehen, bis dargetan wird, dass er nicht jeden von der Einwirkung ausschliesst.

Zur Feststellung dieses Moments kommt uns aber das Gesetz mit einer zweiten Vermutung entgegen. Es sagt: Im Falle eines mittelbaren Besitzes gilt die Vermutung für den mittelbaren Besitzer; das bedeutet: die Vermutung gilt für jeden Besitzer, es sei denn, dass er Besitzmittler sei. Am besten vergegenwärtigt man sich die Sachlage im Prozess. A. behauptet, er habe eine Sache ersessen; denn er sei Besitzer, folglich gelte die Vermutung für ihn. Dann würde ihm sein Gegner B. nach Auerbach entgegen halten: „Du hast auf Grund einer Pächtercausa erworben, folglich bist du nicht Eigenbesitzer“. Die Entgegnung ist unrichtig, vielmehr muss B. einwenden: „Nein, die Vermutung spricht nicht für dich, denn da du auf Grund einer Pächtercausa

---

[1]) Ebenso Auerbach S. 23 u. 29. Eine derartige Vermutung galt schon nach C. c. 2230, vgl. Ihering S. 144. Die Vermutung, die das Gesetz aufstellt, entspricht vollkommen den Ausführungen Iherings über die statistische Probe. Das Gesetz weiss, dass ich von allen den beweglichen Sachen, die ich im Besitz habe, vielleicht 3 von 1000 nicht im Eigenbesitz habe, deshalb erleichtert es die Erforschung der Rechtslage auf diese Weise.

[2]) Ebenso verkehrte Ihering S. 53 die Beweislast für den juristischen Besitz.

erworben hast, bist du Besitzmittler. Und nach § 1006 gilt die Vermutung für den Bezitzmittler nicht[1]. Du musst also nachweisen, dass du wie ein Eigentümer die Sache besitzest, d. h. tatsächlich jeden von der Einwirkung ausschliessest.“ Hier zeigt sich erst die wahre Bedeutung der causa. Man kann sie nicht ohne weiteres verwenden, um zu bestimmen, ob Fremdbesitz oder Eigenbesitz vorliegt. Vielmehr wiederlegt die causa nur die Vermutung, die für den Eigenbesitz gilt. Sache des Besitzers ist es dann, nachzuweisen, dass er jeden von der Einwirkung auf die Sache ausgeschlossen hat. Im vorliegenden Fall ist es also keineswegs richtig zu sagen: „Da du auf Grund einer Pächtercausa erworben hast, kannst du nicht Eigenbesitzer sein“. A. ist doch Eigenbesitzer, wenn er „als ihm gehörend“ besitzt, d. h. jeden von der Einwirkung auf die Sache ausschliesst. Weist er dieses Moment nach — ihn trifft die Beweislast, da für ihn die Vermutung nach § 1006 nicht gilt, — dann ist er Eigenbesitzer. Der Beweis wird als erbracht gelten können, wenn er den Verpächter entsetzt hat, vertrieben oder dergl[2]).

Auch für den Verpächter gut die Vermutung. Nur wird er durch die Einrede „Du bist Besitzmittler“ nicht geschlagen. Er ist also Eigenbesitzer, sofern ihm nicht nachgewiesen wird, dass er die Einwirkung eines andern gestattet. Die Einwirkung des Pächters kommt natürlich als „Besitz eines Dritten“ wie oben nachgewiesen, nicht in Betracht).

Für den Fall, dass der Verpächter den Pächter, der Vermieter den Mieter u. s. w. entsetzt, vertreibt, sich die Sache aneignet u. s. w., brauchen wir keine causa vitiosa zu

[1]) Vgl. Fischer § 1006 Anm. 1.

[2]) Der Satz: Nemo sibi causam possessionis mutare potest, gilt insofern auch für das heutige Recht, als durch den Willen allein die causa nicht umgeändert werden kann, vielmehr objektive Merkmale eintreten müssen, um den Besitzer zum Eigenbesitzer zu machen. Nicht aber kann man daraus folgern, dass die causa den Eigenbesitz ohne weiteres ausschliesst, wenn sie gegen ihn spricht. (§ 1006, Dernburg § 12.) Auf diesen Satz beruft sich besonders Ihering.

konstruieren, der Akt zeigt uns nur, dass der Pächter (Mieter) wie ein Eigentümer nach § 903 auftritt, da er jeden, (auch den Verpächter) von der Einwirkung ausschliesst.

§ 44.

Nach dem Gesagten gilt die Vermutung für jeden Besitzer, nur nicht für den Besitzmittler. Dieser kommt daher gar nicht für die Vermutung in Betracht. Die Kraft dieser Vermutung für den Eigenbesitz ist stärker, als die für das Eigentum. Bei der Vermutung für das Eigentum ist die Sachlage folgende: Da die Wahrscheinlichkeit (sagen wir wie 1000 zu 3) dafür spricht, dass ich die Sachen, die ich in Besitz habe, auch in meinem Eigentum habe, wird diese Wahrscheinlichkeit als bestehend angenommen. Wird die Vermutung entkräftet, so wird damit rückwirkend klargestellt, dass ich diese Sachen nicht in meinem Eigentum habe, indem das Nichtvorhandensein der rechtlichen Stellung als Eigentümer dargetan wird. Hierbei muss der Beweisende auf den Erwerb zurückgehen und dartun, dass der Besitzer Eigentum nicht hat erwerben können. — Auch für den Eigenbesitz zeigt die Statistik, dass ich bei den meisten Sachen, die ich im Besitz habe, die Einwirkuug eines andern nicht gestatte. Hier handelt es sich aber nicht um die rechtliche Stellung, sondern um die tatsächliche; es wird vermutet, dass ich Eigenbesitzer bin, d. h. dass ich jeden von der Einwirkung auf die Sache ausschliesse. Auch diese Vermutung kann wiederlegt werden, indem dargetan wird, dass ich nicht jeden von der Einwirkung ausschliesse. Zum Beweise dieser Behauptung braucht der Gegner, da es sich nur um die tatsächliche Stellung handelt, nicht auf den Erwerbsgrund zurückzugehen. Er braucht nur auf eine Handlung des angeblichen Eigenbesitzers hinzuweisen, die das Gegenteil des Ausschlusses darstellt. Damit ist bewiesen, dass er von diesem Zeitpunkt an nicht jeden ausgeschlossen hat, also Fremdbesitzer gewesen ist. — Das Merkwürdige bei dieser Aufstellung ist aber folgendes: Die Vermutung ist nicht widerlegt, dass er vor dieser fraglichen Handlung jeden von der Einwirkung

ausgeschlossen hat. Für die Zeit vor dieser Handlung bleibt also die Vermutung in Kraft. Eine Rückwirkung wie beim Eigentum findet nicht statt, da nicht auf den Erwerbsgrund zurückgegangen wird, sondern nur die tatsächliche Stellung in Betracht kommt.

Es fragt sich, ob etwa auch der Satz 2 des Abs. 1 im § 1006 analog anzuwenden ist. U. E. ist diese Anwendung unmöglich, da es sich beim Eigenbesitz nur um die tatsächliche, nicht die rechtliche Stellung handelt. Der Satz ist nur hinzugefügt, um die Beweislast im Eigentumsstreit zu regeln. Dem Eigentümer soll die Verfolgung der Sache, die ihm gestohlen u. s. w. werden, durch Verkehrung der Beweislast erleichtert werden. Eine solche Erwägung greift aber für den Eigenbesitz nicht Platz. Ob ich eine Sache wie ein Eigentümer besitze, darauf hat keinen Einfluss, ob sie gestohlen worden ist oder nicht. Meine Stellung bleibt immer dieselbe. Die statistische Probe, die allein eine andre Regelung herbeizuführen imstande wäre, bezeugt hier nicht, dass in der Mehrzahl der Fälle ich die gestohlene Sache nicht wie ein Eigentümer besitze. Ausserdem ist es ein Nonsens, dass ich einer bestimmten Person gegenüber als Fremdbesitzer, allen andern gegenüber als Eigenbesitzer gelten soll.

§ 45.

Auf die angegebene Weise lassen sich alle Fälle ohne Schwierigkeit lösen, die Vermutungen helfen über die schwierigsten Fragen hinweg. Die Endentscheidung bleibt aber immer dem Satz: Besitzt er wie ein Eigentümer, so dass er jeden von der Einwirkung ausschliesst? Immer sind die tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigen. Eine allgemeine Norm, wie etwa: der redliche Besitzer, unredliche Besitzer ist Eigenbesitzer, der Finder u. s. w. Fremdbesitzer, lässt sich nicht aufstellen. Konkrete Beispiele tun am besten die Schlagfertigkeit der Lösung dar.

Wie die Besitztatbestände nach 872 zu beurteilen sind, wenn sie mittelbaren und unmittelbaren Besitz darstellen, ist im Text erortert. Das Regelmässige wird immer sein,

dass der, der auf Grund einer causa erworben hat, die bestimmt ist, unmittelbaren Besitz zu schaffen, Fremdbesitzer, derjenige, der auf Grund einer causa erworben hat, die bestimmt ist, mittelbaren Besitz zu schaffen, Eigenbesitzer sein wird. Dass diese Regel aber von Ausnahmen durchbrochen werden kann, und nicht als Norm hingestellt werden darf, dürfte wohl nicht mehr in Zweifel gezogen werden.

Von den oben genannten typischen Beispielen, bedarf das des Eigentümers weiter keiner Erklärung. Der sogenannte redliche Besitzer, für den die Vermutung des § 1006 spricht, wird durch die Einrede „Du bist Besitzmittler" nicht geschlagen. Er ist also Eigenbesitzer, sofern der Gegner nicht dartut, dass er nicht jeden von der Einwirkung ausschliesst. Hat er also eine Einwirkung des Eigentümers gestattet, dann ist er als Fremdbesitzer anzusehen, und zwar ist er erst von diesem Augenblick an als Fremdbesitzer anzusehen; die Vermutung, dass er *vorher* jeden von der Einwirkung ausgeschlossen hat, ist nicht widerlegt. Dass er rechtlich mit der rei vindicatio belangt werden kann, kommt für seine tatsächliche Stellung nicht in Betracht.

Zu gunsten des unredlichen Besitzers (Dieb, Räuber) gilt die Vermutung des § 1006 gleichfalls. Durch die Einrede, er sei Besitzmittler, kann er nicht geschlagen werden. Die Vermutung bleibt also in Kraft: er gilt als Eigenbesitzer und ist Eigenbesitzer, sofern der Gegner nicht nachweist, dass er nicht jeden von der Einwirkung ausschliesst. Dies wird der Fall sein, wenn er dem Eigentümer gegenüber die Herausgabe nicht verweigert, sondern etwa erklärt, er könne sich die Sache abholen, oder dergl. Durch diese Erklärung wird er zum Fremdbesitzer.

Das 4. schon oft erwähnte Beispiel erledigt sich von selbst. Die Vermutung, die für den Niessbraucher spricht, wird geschlagen durch die Einrede „Du bist Besitzmittler", die Vermutung für den in Amerika lebenden Eigentümer kann nicht geschlagen werden. Er gestattet zwar die Einwirkung eines Dritten, aber diese Einwirkung ist begründet durch den nach § 903 ihm „entgegenstehenden Besitz". Sein Eigenbesitz wird dadurch nicht beeinträchtigt.

Oft wird das Beispiel des Finders herangezogen, das der Erörterung besonders reichhaltigen Stoff liefert. Wir haben oben angenommen, dass der Finder nicht unmittelbarer Besitzer nach § 868 ist, obwohl einige Schriftsteller auf diesem Standpunkt stehen [1]). Sie berufen sich dabei auf § 965. Der Finder ist allerdings nach § 965 verpflichtet, Anzeige zu machen und die Sache zu verwahren, jedoch begründet diese Verpflichtung kein „ähnliches Verhältnis, kraft dessen er dem Verlierer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist". Zweifellos ist aber der Finder Besitzer. Das Gesetz braucht beim Finder nicht, wie z. B. bei der Aneignung den Ausdruck Eigenbesitz, sondern sagt sehr vorsichtig: „Wer eine verlorene Sache an sich nimmt", und lässt damit die Frage offen, ob der Finder als Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer anzusehen ist. Auerbach [2]) sagt, er sei Fremdbesitzer. Grund: Die causa; ebenso gut könnte er sagen: er ist Eigenbesitzer, Grund: die causa. — Jedenfalls gilt die Vermutung nach § 1006 für ihn. Erst wenn der Gegner nachweist, dass er nicht jeden von der Einwirkung ausschliesst, kann die Vermutung als widerlegt gelten. Dies wird der Fall sein, wenn der Finder den Fund bei der Polizei angezeigt hat, ihn in der Zeitung veröffentlicht, oder dergl. Denn dann schliesst er den Verlierer nicht mehr von der Einwirkung auf die Sache aus. Einen Schwebezustand [3]) brauchen wir nicht eintreten zu lassen: Bis der Finder den Fund angezeigt hat oder dergl., ist er Eigenbesitzer. Denn für die Zeit vor der Anzeige ist die Vermutung nicht widerlegt. Tatsächlich hat er jeden von der Einwirkung ausgeschlossen, also die Stellung eines Eigentümers eingenommen. Meldet er den Fund an, dann schliesst er den Verlierer nicht mehr von

[1]) So: Wendt, Arch. f. ziv. Prax. 87. Planck zu 868, a. M. Endemann § 32, Biermann, zu 868, Fischer zu 868, Thoma, Besitzwille S. 76 (herrschende Meinung).

[2]) S. 23.

[3]) Manigk, Anwendungsgeb. S. 109 behauptet, dass man einen Schwebezustand eintreten lassen müsse, wenn man nicht den Willen für massgebend erkläre. Das Gegenteil ist richtig.

jeder Einwirkung aus, er wird also Fremdbesitzer. — Unbestritten ist, dass der unehrliche Finder Eigenbesitzer ist. Dies ergibt sich logisch und klar aus unserer Aufstellung. Denn der unehrliche Finder macht sich nicht zum Fremdbesitzer dadurch, dass er den Fund anzeigt, er bleibt also Eigenbesitzer. — Das Beispiel des Finders zeigt besonders, dass unzweideutig und scharf festgestellt werden kann, ob Eigen- oder Fremdbesitz vorliegt[1]).

Auch der Fall, den Cosack[2]) anführt, lässt sich leicht entscheiden: A. nimmt eine weggeworfene Sache an sich in dem Glauben, sie sei verloren, und behütet sie für den vermeintlichen Verlierer. Ursprünglich ist er Eigenbesitzer. Meldet er den Fund an, so würde er zum Fremdbesitzer werden, wenn ein Eigentümer vorhanden wäre. Da aber kein Eigentümer da ist, dessen Einwirkung er gestatten würde, ist er Eigenbesitzer geblieben[3]).

Nimmt jemand eine fremde Sache an sich, die er für herrenlos hält, so muss er als Eigenbesitzer angesehen werden, da er jeden (auch den Verlierer) von der Einwirkung ausschliesst. Nehmen wir an, er erfährt später, dass die Sache verloren worden ist: meldet er dann den Fund an, so wird er zum Fremdbesitzer; meldet er ihn nicht an, so bleibt er Eigenbesitzer.

Auerbach[4]) stellt folgendes Beispiel auf: „A. und B. reiten gemeinsam aus, A. auf seinem eigenen, B. auf einem gemieteten Pferde. Das gemietete Pferd, das B. reitet, ist diesem früher gestohlen worden." Dass A. Eigenbesitzer ist, ist zweiffellos, für B. gilt die Vermutung des § 1006 nicht, da er als Besitzmittler auftritt. Er ist also Fremdbesitzer,

[1]) Ein interessantes Besitzverhältnis kann auch nach § 1052 bestehen. Ist der Eigentümer zum Verwalter bestellt, so ist der Niessbraucher Fremdbesitzer und mittelbarer Besitzer; der Eigentümer ist mittelbarer Besitzer, entfernt mittelbarer und Eigenbesitzer, vgl. Fischer A. 6, Auerbach S. 28.

[2]) Cosack, Bürgerliches Recht S. 64.

[3]) Er wird auch Eigentümer, Auerbach, S. 32.

[4]) Auerbach, S. 22 und 23.

trotzdem er Eigentümer ist: denn dass er rechtlich Eigentum an dem Pferd hat, ist für die tatsächliche Stellung ohne Belang.

Richtig ist auch die Entscheidung Auerbachs im folgenden Fall: der Wind trägt eine Banknote in ein Zimmer auf A.s Schreibtisch. Hier gilt dasselbe wie beim Fund.

Dernburgs Beispiel[1]) ist folgendermassen zu entscheiden: Wer sich als Testamentsvollstrecker in den Besitz einer Sache setzt, wird nicht Eigenbesitzer, ungeachtet er wusste, dass er nicht zum Testamentsvollstrecker ernannt war, auch wenn seine geheime Absicht darauf ging, sich die Sache diebischer Weise anzueignen. Seine Absicht ist nicht massgebend. Da er die Sache als Testamentsvollstrecker erhalten hat, ist er Besitzmittler. Die Vermutung spricht also nicht für ihn. Erst wenn er die Erben von der Einwirkung ausschliesst, sich also die Sache aneignet, wird er Eigenbesitzer[2]).

Benützt jemand im Theater ein Opernglas, das ihm verpfändet ist, es mit dem seinigen verwechselnd, so müssen wir entgegen Auerbachs Ansicht Fremdbesitz annehmen. Denn wenn A. auch die Sache benützt, so schliesst er doch den Eigentümer nicht von der Einwirkung aus. Ebenso steht es, wenn A. der irrigen Ansicht ist, er dürfe die ihm verpfändeten Sachen ohne weiteres zu eigenem Vorteil gebrauchen. Der äussere Anschein kann nicht ohne weiters entscheiden. Die Vermutung spricht nicht für A[3]).

Wenn mir unbestellt Cigarren zugeschickt werden, und ich sie verbrauche, mit den eigenen verwechselnd, dann liegt der Fall anders, das Verbrauchen bedeutet den Ausschluss jeder Einwirkung. Ich bin also Eigenbesitzer[4]).

[1]) Dernburg, Sachenrecht S. 47, 48.

[2]) Auch Manigk entscheidet hier ebenso, trotzdem er den Willen für ausschlagebend hält. Erst durch die äusseren Indizien, sagt er, tritt die rechtswidrige Absicht in die Erscheinung, erst dann müsste ihn der Richter als Eigenbesitzer ansehen. Damit erkennt er also die Souveränität der tatsächlichen Umstände an.

[3]) Auerbach S. 24, richtig: Manigk, Voraussetzung S. 321.

[4]) Vgl. Manigk, Voraussetzungen S. 322.

2). Bei unbeweglichen Sachen.

§ 46.

Bei unbeweglichen Sachen tritt der Besitz an Bedeutung erheblich zurück[1]). An seine Stelle tritt in vielen Beziehungen der Bucheintrag[2]), so namentlich für die Übereignung, die Aneignung u. s. w. (§ 873, 928). Während bei beweglichen Sachen für den Besitzer die Vermutung gilt, dass er Eigentümer sei, heisst es im Grundstücksverkehr (§ 891): Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, dass ihm das Recht zustehe. Ist also jemand als Eigentümer eingetragen, so wird vermutet dass er Eigentümer sei. Auerbach[3]) will diese Vermutung auch für den Eigenbesitz analog dem Grundsatze im § 1006 aufstellen: Ist jemand als Eigentümer eingetragen, so wird vermutet, dass er Eigenbesitzer sei. — Ein Analogieschluss ist immer bedenklich. Das Gesetz stellt nur die Vermutung für das Eigentum, nicht für den Besitz auf. Dass ein Redaktionsfehler vorliegt, kann man nicht ohne weiteres annehmen, ehe man nicht die Vorschriften des Gesetzes auf seine praktische Verwertbarkeit geprüft hat. In der Tat findet man, dass das Gesetz nicht Unrecht hat, denn bei beweglichen Sachen liegt der Fall anders. Hier ist die tatsächliche Gewalt Voraussetzung der Vermutung; vermutet wird nur, dass der, der die tatsächliche Gewalt hat, wie ein Eigentümer besitzt, also das Moment g. Bei unbeweglichen Sachen müsste dagegen auch vermutet werden, dass der im Grundbuch Eingetragene die tatsächliche Gewalt über das Grundstück hat. Abgesehen davon, dass diese Vermutung nicht wie beim § 1006 in den Worten enthalten ist, erscheint es sonderbar, wenn ohne weiteres vermutet werden soll, dass der Eingetragene die tatsächliche Gewalt hat. Wollte man aber diese Ver-

---

[1]) Vgl. Engelmann, S. 505.

[2]) Den Formalcharakter der ideellen Gewere darstellend. Gierke, Dtsch. Pr. II, S. 214.

[3]) Auerbach. S. 28; Fischer § 872 spricht von „äusserem Anschein."

mutung nicht aufstellen, so müsste man die Definition des Eigenbesitzes für unbewegliche Sachen aufgeben. Es ist daher zu untersuchen, ob nicht etwa das Gesetz bei der Ersitzung — diese kommt für den Eigenbesitz bei unbeweglichen Sachen allein in Betracht — die Wirkungen an den Besitz, statt an den Bucheintrag knüpft. Dies ist in Anlehnung an § 900 und 926 zu bejahen. Der § 900 spricht nämlich von Eigenbesitz neben dem Eintrag, der Eigenbesitz ist also vom Eintrag nicht abhängig. Das Gesetz löst sogar den Eigenbesitz vollständig von dem Eintrag los, indem es den Fall annimmt, dass der Eingetragene selbst Eigenbesitzer ist. Der Eigenbesitz bestimmt sich daher ebenso wie bei beweglichen Sachen nach dem Moment b und g. — Nach § 927 kann neben dem als Eigentümer Eingetragenen, für den die Vermutung also gelten würde, B. Eigenbesitzer sein; also auch hier besteht ein Eigenbesitz gegen die Vermutung; daraus ist zu schliessen, dass das Gesetz gar nicht dem Eintrag bei der Ersitzung die Bedeutung beilegen will, die ihm sonst zukommt.

Man könnte ferner annehmen, dass etwa für den Besitz, ebenso wie bei beweglichen Sachen, die Vermutung gilt. Dies ist zu verneinen. Das Gesetz stellt eine solche Vermutung nicht auf. Es gilt also weder eine Vermutung für den Eingetragenen noch für den, der die tatsächliche Gewalt hat. Die ursprüngliche Formel bleibt demnach bestehen:

$$e = b + g.$$

Der, der Eigenbesitz behauptet, muss sowohl das b, d. h. die tatsächliche Gewalt, als das Moment „als ihm gehörend“ nachweisen. Dass hier keine Vermutung gilt, mag Wunder nehmen, ist aber gerechtfertigt; dass der Besitzer nicht als Eigenbesitzer gilt, erklärt sich dadurch, dass im Grundstücksverkehr im allgemeinen der Besitz nicht die Rolle spielt und die Wirkungen hat, wie bei beweglichen Sachen. Aber es ist auch begründet, dass für den Eingetragenen nicht die Vermutung gilt; gälte sie, dann würde eine Ersitzung nach § 900, 927, die das Gesetz begünstigt, wesentlich erschwert,

fast unmöglich gemacht werden[1]). Dass der Eigentümer durch den Ablauf der Ersitzungszeit zu leicht das Eigentum des Grundstücks verlieren kann, braucht nicht befürchtet zu werden; das verhindern schon die schweren Bedingungen, die das Gesetz für die Ersitzung aufstellt (30 Jahre, Aufgebotsverfahren, Nachweis der Verschollenheit u. a.)

§ 47.

Das von Auerbach[2]) angeführte Beispiel ist also nach den allgemeinen Kriterien zu entscheiden. Der B. hat von dem A. ein Grundstück gekauft, versehentlich ist aber die Eintragung nicht erfolgt. Hat B. die tatsächliche Gewalt und schliesst er den A. von jeder Einwirkung aus, dann ist er Eigenbesitzer. „Erhebt aber der eingetragene Eigentümer, sagt Auerbach, Widerspruch gegen das Verhalten des Eigenbesitzers oder nimmt er sonst eine Handlung vor, die seinen Charakter als Eigentümer manifestiert, vor allem, wenn eine Eintragung erfolgte, die seiner Zustimmung bedürfte, dann fehlt dem Besitzer der äussere Anschein des Eigentums und wird in der Person des eingetragenen Eigentümers vorhanden sein". Diese Entscheidung beruht auf einem Irrtum: Für den Eingetragenen gilt keine Vermutung, eine derartige Handlung des Eingetragenen kann daher dem A. den Eigenbesitz nicht entziehen. Dann würde ebenso bei beweglichen Sachen die Klage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer diesem den Eigenbesitz nehmen. Vielmehr bleibt auch hier A. Eigenbesitzer, wenn er sein b. und g. nachweist, d. h.: Lässt er sich als Besitzer die Einwirkung des Eingetragenen nicht gefallen, dann zeigt sich, dass er jeden von der Einwirkung ausschliesst. Gestattet er dagegen diese Einwirkung, dann ist die Bedingung g. nach § 903 und 872 nicht erfüllt, er ist nicht Eigenbesitzer. — Die Bemerkung im § 927 Satz 3, dass das Aufgebotsverfahren nur zulässig ist, wenn

[1]) Dies scheint auch Auerbach S. 25 zu fühlen, spricht es aber nicht aus.

[2]) Auerbach S. 22.

eine Eintragung im Grundbuch, die der Zustimmung des Eigentümers bedurfte, seit 30 Jahren nicht erfolgt ist, bezeugt nicht etwa, wie Auerbach annimmt, dass ein solcher Widerspruch den Eigenbesitz aufhebt. Der Eigenbesitz kann trotzdem bestehen. Vielmehr ist diese Bemerkung der Vorschrift des § 941 bei beweglichen Sachen gegenüberzustellen; dort wird die Ersitzung unterbrochen, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer gerichtlich geltend gemacht wird. Ebensowenig aber wie der Eigenbesitz an sich nach § 941 verloren geht, sondern nur die Ersitzung unterbrochen wird, ebensowenig verliert A. den Eigenbesitz an dem Grundstück, wenn der Eigentümer Widerspruch erhebt oder einer Eintragung im Grundbuch zustimmt. Ersitzen kann er allerdings erst, wenn 30 Jahre seit dem Zeitpunkte der letzen Eintragung, bei der der Eigentümer mitwirkte, verstrichen sind.

Bei Annahme dieser Auffassung brauchen wir den Begriff des Eigenbesitzes für unbewegliche Sachen nicht zu modifizieren; dass diese Auffassung auch praktisch verwertbar ist, zeigen die Beispiele.

II. Über Erwerb und Verlust des Eigenbesitzes.

§ 48.

Der Erwerb und Verlust des Eigenbesitzes ist natürlich nicht von einem animus abhängig. Ebenso wie der Besitz wird der Eigenbesitz erworben, also durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt, nur muss zu diesem Moment b. noch dass Moment g. hinzukommen, d. h. der Besitz muss dergestalt sein, dass der Besitzer wie ein Eigentümer besitzt[1]). Der Verlust geschieht ebenso durch den Verlust der tatsächlichen Gewalt oder des Momentes g „als ihm gehörend"; dies Moment muss als verloren gelten, wenn der Besitzer nicht mehr wie ein Eigentümer auftritt. Zu beachten ist, dass nicht mit Verlust des Eigenbesitzes die Sache zu einer herren-

[1]) So im wesentlichen Auerbach S. 31.

losen wird, vielmehr muss noch die Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, hinzukommen (§ 959). Derivativ wird der Eigenbesitz nach § 854 Abs. 2 erworben. Diese Einigung ist ein Vertrag und kann daher von Geschäftsunfähigen nicht geschlossen werden[1]). Auch brevi manu traditio nach § 929 (wenn der den Eigenbesitz Erwerbende bereits Fremdbesitzer ist) und constitutum possessorium genügt zum Erwerbe. Auch durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 939) kann Eigenbesitz erworben werden.

Für den Erwerb des Eigenbesitzes durch Stellvertreter müssen dieselben Vorschriften gelten, wie für den Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter. Ein Willenserfordernis in der Person des Vertreters oder des Vertretenen kann grundsätzlich nicht aufgestellt werden[2]).

---

[1]) Vgl. Fischer § 854 Anm. 8. Auerbach S. 32. Gegen die Ansicht, dass mit Verlust des Eigenbesitzes die Sache nicht zu einer herrenlosen wird: Manigk, Voraussetz. S. 323.

[2]) Vgl. Engelmann S. 491. Auerbach S. 32. Vgl. jetzt dar. bes.: Thoma, Besitzwille S. 57ff. Näh. bes.: Fr. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb.

Lebenslauf.

Ich, Moritz Anno Günther Friebe wurde geboren am 27. Januar 1884 zu Bromberg als Sohn des Oberlehrers Dr. Moritz Friebe (jetzigen Geh. Regierungsrats in Posen) und seiner Ehefrau Anna, geb. Wehner. Ich bin Preusse, evangelischer Konfession, mein Wohnsitz ist Obornik. Von Ostern 1890 bis Ostern 1895 besuchte ich die Vorschule, sowie Sexta und Quinta des Kgl. Gymnasiums zu Fraustadt, trat dann in die Quarta des Kgl. Bergerrealgymnasiums in Posen ein, Ostern 1896 in die Untertertia des neu gegründeten Bergergymnasiums über. Dort erhielt ich am 7. Februar 1902 das Zeugnis der Reife. Ich bezog zunächst die Universität Breslau, im 5. Semester die Universität Marburg und kehrte im 6. Semester wieder nach Breslau zurück. Am 5. Juni 1905 bestand ich die erste juristische Prüfung vor dem Oberlandesgericht in Breslau. Nachdem ich zum Referendar ernannt worden war, wurde ich dem Amtsgericht Obornik überwiesen und am 15. Juni für den preussischen Staatsdienst vereidigt. Am 23. Juni bestand ich das examen rigororum vor der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Meine Ausbildung verdanke ich folgenden Herren Professoren und Dozenten, bei denen ich juristische und staatswissenschaftliche Vorlesungen gehört habe:

André, Beyerle, Brie, Dahn, Engelmann (Breslau), Engelmann (Marburg), Enneccerus, Fischer, Gretener, Hedemann, Heilborn, Heymann, Kleineidam, Jörs, Klingmüller, Leonhard (Breslau), Leonhard (Marburg), Schücking, Sombart, Träger, Wolf.

Allen meinen verehrten Lehrern spreche ich meinen herzlichsten Dank aus, insbesondere Herrn Prof. Dr. Beyerle für die bei Abfassung der vorliegenden Arbeit mir bewiesene Anteilnahme.